







Digitized by the Internet Archive
in 2011 with funding from
Universidad Francisco Marroquín

DISCURSOS CRITICOS SOBRE LAS LEYES, Y SUS INTERPRETES,

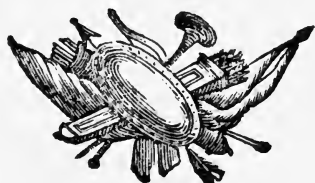
EN QUE SE DEMUESTRA

La incertidumbre de éstos, y la necesidad
de un nuevo, y metódico Cuerpo de
Derecho, para la recta administra-
cion de justicia.

P O R

EL DOCT. D. JUAN FRANCISCO DE CASTRO,
*Abogado de la Real Audiencia del Reyno de Galicia,
y vecino de la Ciudad de Lugo.*

TOMO PRIMERO.



Con las Licencias necesarias.

MADRID : Por JOACHIN IBARRA, calle de las Urofas.
Año de 1765.

Theologis animam subjecit lapsus Adami.
Et corpus Medicis, & bona juridicis. Ovven.

CORRECCION.

PAG. 45. lin. 10. autoridan, lee *autoridad*. Pag.
 96. lin. 25. dustruyendo, lee *destruyendo*. Pag.
 157. lin. 20. Además estos Derechos, lee *Además de
 estos Derechos*. Pag. 155. lin. 16. hace, lee *hacen*.
 Pag. 180. lin. 14. perpexidad, lee *perplexidad*. Pag.
 196. lin. 3. ar-artificios, lee *artificios*. Pag. 224.
 lin. 19. costumhre, lee *costumbre*. Pag. 234. lin. 9.
 lo, lee *la*.

TABLA GENERAL

DE LO QUE SE CONTIENE en este primer Tomo.

LIBRO I. *Compendio Historico del Derecho*, pag. 1.
DISCURSO I. *Del origen, y nocion del Derecho*,
ibid.

DISCURSO II. *Del Derecho Romano*, pag. 14.

DISCURSO III. *Del Derecho Canonico*, pag. 36.

DISCURSO IV. *Compendio Historico del Derecho Es-*
pañol, pag. 51.

LIBRO II. *Consideraciones generales sobre el Derecho, su*
autoridad, interpretaciones, y su estudio, pag. 87.

DISCURSO I. *Reflexiones generales sobre el Derecho*
Romano, pag. 88.

DISCURSO II. *Reflexiones generales sobre el Derecho*
Canonico, pag. 101.

DISCURSO III. *Reflexiones generales sobre el Derecho*
Real, pag. 138.

DISCURSO IV. *Sobre los Estatutos*, pag. 157.

DISCURSO V. *Sobre la costumbre, o Derecho no es-*
crito, pag. 161.

DISCURSO VI. *Exemplares demonstrativos de la in-*
certidumbre, è irracionalidades que entran en la
costumbre, pag. 185.

Exemplo primero, pag. 186.

Exemplo segundo, pag. 191.

Exemplo tercero, pag. 202.

Exemplo quarto, pag. 241.

DISCURSO VII. *Sobre las Leyes tacitas; esto es, sobre*
la verdad, equidad, y arbitrio en el Derecho, p. 277.

PRO-



PROLOGO.



Aviendo yo dedicado mis mas hermosos años al estudio de la Jurisprudencia , y su práctica , y con tanta mas precisión dedicado à este genero de literatura , quanto me fuè , y es necessaria para passar la vida ; me parece hallarme en estado de poder sentir los desordenes , que causa en la República , el desconcierto , que hay en este estudio , y práctica. Este es un mal , que luego se viene à los ojos de los iniciados en esta Facultad , y que todos los dotados de alguna prudencia conocen , gimiendo , hace muchos años , por el remedio , el que embuelto entre espesas sombras de dificultades , no llega à percibirse por los entendimientos mas perspicaces,

6

quan-

quanto menos à ponerse en execucion. Entre la inmensidad de Leyes, yá Civiles , yá Canonicas ; entre el inexplicable numero , è inagotable fluxion de buenos , y malos Libros , yá Nacionales , yá Estrangeros , opiniones del mismo dictado , y patria , escritas , y no escritas , costumbres , sumergida toda humana capacidad , le hace detestar una Profession , en que nada hay apenas cierto , y seguro , y en que el que mas alcanza , solo llega , despues de encontrarse en los ultimos periodos de su vida , destruida su salud con tantas , y tan penosas tarças , à poder , mas que otros , por propria experiencia , certificar esta verdad , y assegurar lo inextricable de este laberynto. Contribuye no poco à detestar esta carrera , y à minorar su estudio , y aplicacion , el trato , que es forzoso tener con hombres , no pocas veces de menos estudio , y experiencia , y tal vez sin alguna , à quienes pertenece la decision de los pleytos , y quienes frequentemente , por no embolverse entre dificultades , que no entienden , se resuelven con qualquier ligera reflexion ,

ha-

haciendo inútiles todas las vigili-
as de los hom-
bres , que dedicaron todos sus votos à esta li-
teratura : de que nace la confianza de los liti-
gantes , mas en su buena , ò mala fortuna,
habent sua sidera lites , que en la decisi-
on de las Leyes , midiendo estas con su poder , y
valimiento. De todo lo que redundaba no haber
verdadero desengaño , ignorando los mismos
Abogados una suerte tan incierta como es la
de los pleytos.

En tanto desorden , y confusion , solo la
necesidad de vivir puede ocupar un espíritu
prudente en la Profesion de Abogado. Y cons-
tituido yo en esta extremidad , unico recurso
de mi fortuna , anhelando por el acierto ; y
seguridad , en un tan borrascoso mar , y en
un caos de incertidumbres , reputè siempre
dirigir mis litigantes con la seguridad , à lo
menos posible , y que me pudiesse relevar
de los estímulos de mi conciencia. Para con-
ducirme , pues , entre tantas dificultades , y
dirigirme en un camino de tantos tropiezos,
me pareció , para mi gobierno , hacer un nuevo
método de Jurisprudencia , en que por princi-

pios universalmente recibidos , y determinaciones de las Leyes en general , bajaba à la decision de los casos particulares , haciendo diversidad de tratados , segun la diferencia de materias ; pero uniendolas segun los principios universales , subdividiendo las materias en titulos , en cada titulo haciendo varias proposiciones , con el apoyo à cada una correspondiente de Ley , Canon , Estatuto , opinion , costumbre , &c. de modo , que vista la proposicion , luego se conocia, lo primero, la ligacion que tenia con el principio universal , de quien dependia: Lo segundo , la verdad , ò falsedad de la tal proposicion: Lo tercero , la autoridad con que se sostenia , ò rechazaba : Lo quarto, su admissibilidad en práctica. Alli se reconocia si su fundamento era en Ley , ò solo en opinion , de què peso , y gravedad ; y si estaba corroborada con decision , y en què Tribunal. Tambien se reconocian los estorvos , que la tal proposicion podia tener para su admissibilidad, ligando estos mismos estorvos con otras dimanaciones de los principios universales. Bien se conoce , que esta Obra , aunque precisa al
es-

estado actual de la Jurisprudencia , excede en mucho à unas fuerzas tan regulares como las mías. Y aunque de hecho la emprendi , y me ocupò algunos años , con muchas , y penosas vigili-
as , las que en verdad no me son ingratas por el mucho alivio , que me atra-
hen en las quotidianas ocupaciones ; considero, no obstante , ser Obra de tan vasta extension , y de medita-
cion tan profunda , que no es suficiente toda la vida , para poner parte considerable de ella en borrador , quanto mas para que da-
da à luz , pudiesse hacer participantes de mi trabajo à los que deseassen correr con algun
acierto , que es lo que mas podia animar un trabajo , que no podia tener fin sino con la vi-
da misma. Pero la misma experiencia me diò el mejor desengaño ; pues aunque esta Obra
me podia à mi ser util , por el conocimiento que tenia de la idéa , con que la havia emprendido ,
que venia à ser un arbol Juridico , cuyos diversos troncos , y ramos , saliendo de unas mismas raíces ,
se demostraba la bondad de su fruto , por la comunicacion que con ellas se reconocia tener ; con mucha dificultad po-

dia ser útil à otros , que no teniendo la misma idéa , y varia direccion , podian facilmente equivocarse. Y lo que mas me ha desalentado fuè , el que este arbol en el estado actual de la Jurisprudencia , además de un tamaño enorme , no solo debia contener un sinnúmero de ramas inútiles , sino que apenas podia ser susceptible de raíces verdaderas , atento apenas se puede hoy percibir , fuera de los primeros principios , que dicta la luz de la razon , seguros , y sólidos fundamentos en una Facultad, en que entran tres ordenes de Derechos , ò reglamentos diferentes , Romano , Canonico , y Real ; que aunque con direccion à un mismo fin de dár à cada uno lo que es suyo , se conducen por medios diferentes , y no pocas veces encontrados : en que hay tanta variedad de Leyes , Canones , Constituciones opuestas entre sí , ò de concordancia difícil : hechas por diversas Naciones , cuyo diverso carácter debe hacer variar las Leyes : promulgadas en tiempos entre sí muy distantes , cuya variedad de circunstancias las hace inaplicables à los presentes : por diferentes Legisladores , y Personages,

ges , à quienes estos las encomendaron , quienes se conduxeron por dictámenes diversos : esparcidas en varios Libros , sin el conveniente orden , ni método : defectuosas en los casos mas prácticos , y quotidianas dissensiones , en cuya decisión se experimenta tanta novedad , como la ocurrencia de casos : entregadas à la discrecion de los Escritores , quienes no solo se contradicen , y oponen en sus interpretaciones ; pero tambien muchos de ellos , no tanto hacen de Interpretes , como de apasionados Abogados , con especial estudio à retorcer las Leyes , y à los que sobre ellas anteriormente escribieron à favor de la parte , y proposito , que les movió à escribir : cuyas Obras , no obstante , quedan en las Bibliothecas , para autorizar en lo venidero semejantes discursos: Interpretes de Naciones diferentes , en las que reynando diversidad de Leyes , y costumbres , à que están habituados , se sienten por esta parte sus escritos , aun en casos , que parezcan indiferentes ; y cuya autoridad , no obstante , se hace valer en Países , cuyas Leyes , costumbres , y gobierno ellos enteramente ignoraron. Todo esto , y

b 4

mas,

mas , que facilmente se percibe , no puede menos , que haver embrollado los fundamentos de la Ciencia Legal , con riesgo de aquellos principios , que la razon misma , desnuda de otro estudio , dicta , y cuya luz , en vez de ser ayudada por la reflexion , y experiencia de otros hombres , viene à estár como oprimida , si con mucho trabajo no se preserva , y su natural fuerza no llega à romper las nieblas , con que parece ofuscarla tanta multitud de escritos. De donde viene à experimentar se un immenso trabajo , con grandes dispendios de los litigantes en las respuestas , variedad , y confusion en los consejos , diversidad , y contrariedad en las decisiones ; no pocas veces con rifa de algunos hombres prudentes , en vér à los Professores en una tortura de imaginacion entre una multitud de Libros , buscando una decision , que el discurso natural ; mas de una vez , sin mucho trabajo , ofrece à los que no tienen preocupada la luz de la razon con prevenciones extrañas , que ocasiona la lectura indiscreta. Por esto me ha parecido , en alivio de la razon natural , unica maestra , y directora

en

en las operaciones legales , se debieran desde su fundamento cortar los estorvos, que la confunden; y que en vez del enorme arbol Juridico, que havia preparado , sería mas conveniente al bien público hacer demonstracion de la imposibilidad , à lo menos de una dificultad suma , de dár à este arbol , atento el estado actual de la Jurisprudencia , seguras raices ; esto es , seguros , y sólidos principios , que vivifiquen sus ramas , para producir fruto sazonado en lo legal. Y por consiguiente ser imposible, atento el estado actual , de poder , ni los estudiosos alcanzar las luces suficientes para el ejercicio de esta Facultad , ni los Jueces saber lo que necesitan para sus empléos : ni por consiguiente la justicia ser administrada segun conviene al sosiego , y tranquilidad pública , y bien del Reyno. Si no demuestro la imposibilidad, que prometo , à lo menos harè vér una dificultad insuperable ; ò solo superable à hombres de un entendimiento singularmente dotado , y de un tenáz , y porfiado estudio , y experiencia , que llegó à hacerlos consumados en los ultimos periodos de su vida ; de quienes por lo
mis-

misino , quando sus luces podian mejor aprovechar à la República , tiene esta muy poco que esperar : hombres , sin duda , raros , y de quienes , no obstante , se necesita mucho numero para administrar justicia. Una dificultad de esta classe , bien se puede llamar un imposible moral ; pero imposible , que los mismos hombres se han fabricado , y que no podrá vencerse , no echando por tierra todo quanto la voluntaria interpretacion ha amontonado sobre los principios de la Ciencia Legal , trabajando nuevamente sobre los estables fundamentos de la razon natural , y buen sentido ; para lo que se puede seguramente echar mano de los ricos , y antiguos materiales , que nuestros Legisladores , y sabios antiguos nos dexaron del todo preparados , sin que apenas reste otra cosa , que el disponerlos en un conveniente , y luminoso orden , formando de todo un metódico Cuerpo de Derecho , que úna en verdadero systhema todo el Derecho Español , constituyendo seguros principios , de donde , como de fuentes , corran como arroyos las Leyes , para fecundar en justicia todo el dilatado campo de la Monarquía.

Es-

Esto , sin duda, necesita una literatura , y erudicion grande, un saber profundo , una penetracion singular , un genio nada comun , una muy reflexionada experiencia , y una infatigable aplicacion. El estudio sobre este Cuerpo de Legislacion seria digno empleo de la Juventud, cuya aplicacion prometeria toda utilidad en el recto orden de administracion de justicia, sin las turbaciones , è inquietudes , que se experimentan.

Y no solo serian mas faciles , y promptos los progresos , sin los antiguos tropiezos, y equivocaciones en las personas, que por profesion se dedicassen á esta Literatura ; sino que tambien los particulares se pondrian en estado de consultar por sí mismos este metodico Cuerpo , para proceder con mas acierto en la direccion de sus negocios , sin entregarse ciegamente à la conducta de otros ; de los que algunos , aunque se digan Abogados , son tan ignorantes como los litigantes mismos ; y de otros (y muchas veces sin poder remediarlo) son poco menos comunes los errores, que los aciertos. Y quando no consiguiesen

otra

otra cosa , que alguna instruccion , con que poder precaverse contra los engaños tan frequentes en la gente de Curia , que suele atender mas à enriquecerse , que á la utilidad de los litigantes , no havrian perdido su tiempo. Esto es à lo que particularmente se dirige mi intencion , el demostrar , no solo la utilidad , sino tambien la necesidad de este nuevo Cuerpo de Leyes.

Podia desalentar mi pluma , y detener este discurso una no ligera reflexion , que no pocas veces me ha combatido , de atreverme yo à escribir en assunto en que tantos , tan doctos , tan graves , y tan experimentados personajes callan. Pero el fruto de tan tímidos pensamientos , no puede ser otro , que la retardacion del remedio al presente mal , que nos affige. Acafo su silencio procede de ocupaciones , que roban el tiempo para la conveniente meditacion , y larga reflexion , que piden estas materias. Y sin duda en estas ocupaciones , y robo de tiempo no tiene la menor parte la incertidumbre misma de las Leyes , que aumenta las contiendas , complí-

plica mas los casos , hace mas dificiles , y perplexas las controversias , cuya decision tienen à su cuidado , ò en que de otro modo viven empleados los que en esto pudieran dár auxilio : de modo , que la incertidumbre legal hace su mayor daño , imposibilitando , ò haciendo mas dificil el remedio.

De qualquier modo que sea , no solo me consuela , sino que eficazmente me impele , el concepto de que podrá ser despierte la atencion de otros mas doctos , mas habiles , y mas respetables Sugetos , quienes no dudo sean sensibles à los graves perjuicios , que se experimentan en la Facultad Legal , de cuya capacidad , no solo se debe esperar la desnuda representacion del mal , que es solo lo que yo me propongo hacer ; sino tambien la proposicion de seguros métodos para el remedio , y cuyas representaciones consigan el deseado fin de la reformation del estado actual de administrar justicia. El débil ladrido de un pernillo suele despertar , causando grandes efectos en la fortaleza de los dogos. De qualquier modo que este fin se consiga , y se ponga la
juf-

justicia al abrigo contra los insultos de la calumnia, he hallado todo el fruto , que deseo à este mi trabajo , dedicado al bien público , à quien tengo ofrecidos todos mis votos.

En consideracion de que toda doctrina, abstrahida de sus casos , no se hace tan facilmente perceptible como en ellos mismos, propondrè quando convenga , para la mayor inteligencia, algunos exemplares, los que tendrè cuidado , no solo de desnudar en quanto pueda de la confusion, con que se hallan vestidos en nuestros libros ; sino tambien en elegir los mas faciles, y de menos aparato de Jurisprudencia , para que se puedan comprender , aun por aquellos , que no tienen tintura alguna de esta Facultad. Y conociendo , que la multitud de exemplares puede ofender à la claridad , y orden de la lectura , me contentarè con poner solo los que contemple suficientes à mi assunto, en demonstracion de la incertidumbre legal. No se debe esperar, que yo siga todas las consecuencias de esta incertidumbre ; para esto seria preciso en cada exemplo un volumen, siendo suficiente indi-

dicar las raíces , de donde juiciosamente , según la capacidad de los Lectores , se pueda inferir la dimanacion de otras infinitas confusiones , que deben turbar la administracion de justicia.

Otros exemplares podia referir de diferente orden; esto es, casos prácticos con incidentes graciosos, en que yo mismo intervine, como Abogado consultado, ò defendiendo, ò que de otro modo passaron à mi vista, cuyo relato divertiria bien al Lector, y en que vivamente demonstrò la experiencia los funestos efectos de la incertidumbre del Derecho, y de las inmediatas consecuencias, que de esta incertidumbre dimanar; como son, la ignorancia en muchos de sus Profesores, el embrollo en los Juicios, y la malignidad, que al abrigo de todo esto se alienta, recibiendo mas progressos, quanto mas crece el desorden. Pero evitando el que se dè alguna persona por ofendida en estos Discursos, lo que acaso sucederia con la relacion de tan recientes exemplares, hallo por mas conveniente el omitirlos, principalmente siendo estos casos tan frequentes en todos parages, que solo la falta de atencion, pue-

puede ocasionar el ignorarlos.

Nuestro Español Idioma me pareció el mas propio en un asunto, que debe ser entendido por todos, y se debe desear se escriba en lengua vulgar todo lo perteneciente à las Leyes, que nada menos debe saber cada uno segun su estado, que el entender lo que es suyo, para no mezclarse en lo ageno.

Tambien procurarè evitar el pesado jergon de citas, sin omitir las necessarias; pero colocandolas con otras notas à las margenes, en donde incomodaràn menos, remitiendo desde ahora al Lector curioso à los citados, en quienes regularmente hallará otros en que divertirse.

Para proceder con alguna claridad, me pareció deber preceder una noticia de los Derechos de que usamos, la que no puede ser mas bien perceptible, ni manifestarse mejor la incertidumbre, que en todos tiempos la interpretacion arbitraria ocasionò à las Leyes, y el malogro de los remedios, que contra tan pernicioso mal, hallados por los Legisladores, hizo inutil su insuficiencia, ò la falta de observancia, que por un compendio de su Historia.



LIBRO PRIMERO.
COMPENDIO HISTORICO
DEL DERECHO.

LA brevedad que me propongo en esta Historia, no debe ser tan concisa, que la haga obscura; por lo que se hace preciso, para su mejor inteligencia, el dividirla en varios Discursos.

DISCURSO PRIMERO.
DEL ORIGEN, Y NOCION
del Derecho.

Derecho se llama toda operacion que tiene por guia la luz de la razon. Todo lo que desvia de esta regla, y conductora autorcha, torciendose à algun lado, se dice injusticia; y con mucha propiedad en nuestro antiguo Español se llama tuerto, porque no se ajusta en rectitud, y sin tortura, à la regla de la razon. Esta regla, y este primer deber del hombre, es lo que constituye, y se llama ley natural, porque nace con nosotros mismos; impressa con inalterables caractéres en nuestros corazones; intimada por el Criador Supremo, de quien proviene igualmente el movimiento de los cuerpos, y la luz de los espi-

Nocion general de la Justicia.

Derecho, ò Ley Natural.

ritus , ò inteligencias. Constituyendo en cada uno un Tribunal interior (como dice el Apóstol (1)) en donde, segun la naturaleza de nuestras obras, somos acusados , ò defendidos, condenados , ò absueltos.

Origen de las
Sociedades.

Nace el hombre desnudo , y sin aquellos armamentos , con que la naturaleza vistió à los animales , con que por si mismos cada uno se habilita à buscar lo que le es necesario. La razon en el hombre suple todo esto con infinitas ventajas ; pero necesitando para su cómoda subsistencia tantas cosas , no pudiera gobernarse , ni ser suficiente à si mismo , sin la sociedad , y compañía de otros hombres , en que ocupandose cada uno en alguna industria, proporcionada à su genio , y comunicandose unos à otros el fruto de su trabajo , y diligencia personal , resultasse hallarse toda la comunidad proveida en los menesteres , que atrajo al hombre la perdida de la gracia. Facilmente tambien este se aparta de la luz , y regla de la razon , inclinandose al movimiento de sus pasiones ; y sin el auxilio de la sociedad , y compañía , quedaria la inocencia , y justicia de unos expuesta à la malignidad , y violencia de otros.

Estas comodidades , y la razon del hombre fuè quien los forzó à vivir juntos en comunidades , que son tan antiguas como los hom-

(1) Ad Rom. 2. v. 13. *Offendunt opus legis scriptum in cordibus suis, testimonium reddente illis conscientia ipsorum,*

Et inter se invicem cogitationibus, accusantibus, aut etiam defendentibus.

hombres mismos, segun nos lo dejó escrito el mas grave, è ilustrado Historiador del mundo. Y no como discurrió Ciceròn, figurandose, que los hombres antiguamente vagueaban por los campos, montes, y selvas, como las bestias, ò fieras, hasta que la persuasión de algun hombre eloquente los movió a vivir en sociedades. Este discurso no es de admirar en un Filosofo Gentil, que no instruido con las luces de la revelación del origen del mundo, lo creyò, como otros, eterno; y con sola la reflexion de que las Ciencias, y Artes no tenian indicio de muy crecida antigüedad, se dejó persuadir en elogio de la eloquencia, objeto el mas precioso de sus ocupaciones, que ésta havia sido la conductora de los hombres à la formacion de poblaciones.

Se compone un Pueblo de multitud de individuos, entre quienes el modo de comprender las cosas es tan distinto como las personas; sin concordar facilmente en los medios del bien de la Comunidad, creyendo cada uno su modo de discurrir mas razonable, y su entendimiento mas dispuesto à percibir la verdad: efecto del amor propio, difficilmente separable del hombre; conduciendose no pocas veces, aun quando piensa obrar segun razon, mas por los impulsos de la carne, que por los sanos dictámenes del espiritu (1). Una

Orden de superiores, è inferiores.

A 2

mul-

(1) *Pectoribus mores, tot sunt,
quot in orbe figura,
Mille hominum species, & re-*

*rum discolor usum,
Velle suum cuique est, nec vota
vivitur uno. Ovid.*

multitud de hombres congregados sin mutua dependencia, y con la libertad de no conocer en sus operaciones superior dictamen, no constituye lo que llamamos sociedad: esta pide un orden, que la perficione de tal modo, que siendo una multitud, no parezca mas que un cuerpo compuesto de varios miembros, subordinados todos entre si, con una union, y vigor, que sea capaz de fortalecerle contra toda turbacion, sea domestica, ò sea estraña, y atraerle todas las comodidades que necesita: lo que necessariamente pide, que en la sociedad haya quien mande, y quien obedezca en utilidad comun.

Parecia que à la constitucion de sociedades deberia seguirse la comunion debida, y que de la industria del hombre debiera hacerse una massa comun, de la que cada uno percibiese, segun su necesidad. Este modo de vivir (practicado por los primeros Predicadores del Evangelio) parecia conforme à la Ley Natural, si los hombres observassen uniformidad de costumbres; pero como se diversifican tanto en sus procederess, no podia subsistir mucho tiempo un modo de vivir, que hacia lugar à que los holgazanes disfrutassen el trabajo de los industriosos, y aplicados à el. De aqui tuvo origen la distincion de territorios, que cada uno pudiesse cultivar para su manutencion, y la de su familia, separadamente de otros, y generalmente el nombre de dominio, con que cada uno dice: Esto es, ò no es mio. Nació tambien del mismo origen la distincion de

Origen de dominio, y propiedad.

de Sociedades, y Reynos, con independencia de gobierno de unas à otras.

El consentimiento de las Naciones en esta distincion de dominios, y sociedades, hace que esto se llame Derecho de Gentes, cuyo nombre se dà à todos aquellos haberes, que comunmente todas las Gentes han recibido, y entienden deber practicarse, como consiguièntes à la razon natural.

Derecho de Gentes.

No estuviera bien regida una Sociedad, si faltassen modos para contener los transgressores en el debito de su obligacion: este oficio tiene la pena, que en el desarreglo de los miembros de la Comunidad, es de la misma eficácia que la medicina en la enfermedad del cuerpo natural. Se medicina al miembro en interin que hay esperanza de su restablecimientto: perdida ésta, se corta, y aparta, para que no inficione el resto del cuerpo. Y este cuidado debe residir en los à quienes està encargado el bien comun, no siendo menos de su obligacion promover el bien de la Comunidad, que precaver, y apartar todo lo que pueda trastornarla.

Derecho penal.

Los mismos deberes que hay de hombre à hombre, tienen igual peso de Nacion à Nacion, Gente à Gente, Sociedad à Sociedad, debiendo contenerse cada una en sus dominios, y derechos, sin passar los propios terminos, guardarse la misma fidelidad en los tratados, y corresponderse en las mismas atenciones, todo lo que por la razon arriba señalada del consentimiento de las Naciones se llama

Derecho de Guerra, y Paz.

ma tambien Derecho de Gentes ; y assi como entre los particulares la falta al propio deber se corrige à proporcion del delito ; assi tambien entre las Sociedades , la que falta al debito natural , y comunmente recibido por las Gentes , puede ser compeliada à ello por la injuriada ; de donde dimana el Derecho de Guerra , y Paz , supliendo la fuerza el defecto de autoridad , que no hay entre Comunidades independientes.

Diferencia de
Gobiernos.

El modo de gobierno no es uniforme entre las Nacioees , variando cada una segun el genio , que la caracteriza , naturaleza del País , y circunstancias , que despues de las vicisitudes sobrevenidas à los Pueblos han perseverado , en que siempre la casualidad tuvo mucha parte. Esta diferencia de régimen se explica comunmente con nombres , que , aunque Griegos , los adoptò el uso. Si el Gobierno reside en una sola persona , se llama , ò *Despótico* , en que la razon de la ley es la voluntad del Soberano , en cuya autoridad tiene mas parte el temor , que el respeto , como en Turquía , y en Moscovia ; ò *Monarchico* , que aunque propriamente significa un solo Principe , se toma por aquel apacible Gobierno , cuya direccion reside en una sola Cabeza , que mira à sus subditos , como à su propio cuerpo , reputando su gloria , y felicidad en la de sus vassallos. De este dulce Gobierno goza nuestra España , digno Trono de un Monarca tan admirado entre las Naciones , por las prendas con que le dotò el Cielo , como respetado de los Vassallos , que

le

le ha señalado ; en cuyo beneficio ceden las luces de un Rey , en quien no se distinguen el Gobierno de Padre , y el Imperio de Señor ; mas glorioso por reynar sobre los corazones de sus subditos , que por los ricos , y dilatados dominios de su Monarquía. Si el Gobierno es Republicano , ò Gobierno en muchos , se llama *Aristocratico* , quando gobiernan los Nobles , como en la República de Venecia , y Genova ; ò *Democratico* , si gobierna el Pueblo sin distincion de Nobles , ò Plebeyos , como en Olanda , y en los Suicios. Estos nombres solo demuestran una generica nocion de Gobierno , cuya forma varia en práctica , como en numero , participando à veces el Gobierno de quasi todos los arriba expreßados , como el de Inglaterra. Los mismos motivos , que han diferenciado el Gobierno entre las Naciones , han introducido diversidad en sus leyes , contribuyendo no poco la Religion de los Pueblos , y vicios à que cada Nacion està mas propensa. motivos , que tienen mucho influxo en las principales providencias del Gobierno.

Origen de diversidad de leyes entre Naciones diversas.

- Aunque la razon natural provea al hombre de las mas seguras luces , para la direccion , y acierto en sus operaciones ; y sea tan fecunda en principios , que no se pueda dár caso , por mas complicado que sea , y obscuro que parezca , que no disuelva , é ilumine la luz de la razon ; hay , no obstante , mucha diversidad en los hombres en la penetracion de los primeros principios ; mucha dificultad

en la aplicacion a los negocios quotidianos; mucho trabajo en la práctica para elegir, y abrazar la conveniente determinacion. Son además de esto los principios naturales de una tan gran universalidad, y comprehension, que muchas determinaciones entre sí diferentes pueden caber bajo un mismo principio, como se vé en tanta diversidad de leyes, con que las Gentes cultas se gobiernan, que aunque apoyadas todas en la razon natural, reciben varias formas en cada Reyno, Nacion, ò Gobierno; no siendo las mismas leyes las de España, que la de Francia, y estas diversas de las de Alemania, aunque todas conozcan la razon, como su primer principio. La determinacion, pues, de las leyes, que convengan à cada Sociedad, pertenece al Gobierno, y constituye la parte esencial de su ocupacion.

Nocion escolástica de la Justicia.

No parecerà dissonante à esta Historia el decir algo de la sutileza con que las Escuelas se han explicado en la nocion de Justicia, Derecho, y sus divisiones, en que desde luego hallaremos discordes à nuestros Profesores. Infeliz anuncio en el ingreso de una Facultad destinada à pacificar los hombres en sus quotidianas diferencias, quando aun el primer conocimiento de Justicia no està essento de litigio. Y què serán los progressos? Como aqui no tratamos de la Justicia, y Derecho à lo Escolástico, sino à lo Histórico, solo dire sencillamente, que Aristoteles, con lo comun de los Filósofos Morales, divide la Justicia en universal, y particular. La primera compre-

hen-

hende en si los oficios de todas las virtudes; ò por mejor decir, no es mas que la virtud misma en su general significacion; la que considerada como adorno del animo del hombre, inclinandole à vivir bien en todo genero, se llama virtud; y en quanto se ordena à conciliar, y conservar la Sociedad civil, se dice Justicia. La Justicia particular, que como la universal al bien comun, mira ésta al bien de los particulares, la subdivide el mismo Filosofo en distributiva, y commutativa. Pertenece la primera à la distribucion, segun lo que cada uno merece, y le conviene de parte de la Comunidad; yà sea premio, ò pena, honor, ò infamia, cargo, ò alivio. Pertenece la segunda al Derecho de los particulares entre si, segun cada uno lo tenga, y lo haya adquirido. Algunos diferencian la Justicia commutativa, y distributiva en el uso de las proporciones que convienen à cada una: es à saber, à la distributiva la proporcion simple, que llaman Arithmetica; y à la commutativa la proporcion comparada, ò compuesta, que llaman Geometrica. Esta division de Justicia universal, y particular, commutativa, y distributiva, no entra en el plan de otros Filosofos, y mucho menos la aplicacion de las proporciones Arithmetica, y Geometrica, cuyos efectos sirven en la Mathematica, poco apropiables à lecciones de Jurisprudencia. Y en verdad, la adquisicion de toda esta Theorica no vale la pena de leer, y desembolver lo que en ello confusamente se halla escrito; siendo suficiente nocion de la Jus-

Justicia el saber, que esta es *una virtud, que inclina al hombre à dár à cada uno lo que es suyo*; y el vicio que de tan virtuoso deber aparta, se llama injusticia.

Division del
Derecho.

En quanto à la nocion del Derecho, y sus divisiones, no solo hallamos en oposicion à Theologos; y Juristas; pero tambien à estos entre si poco conformes. Si bien, que la disension, no tanto consiste en la substancia de la cosa, como en el modo de su explicacion. Los Juristas, tributando el honor correspondiente à sus textos, solo comunmente conocen tres diferencias de Derecho: es à saber, Natural, de Gentes, y Civil. Lllaman Natural el que es comun à los hombres con los brutos, como es la conjuncion de macho, y hembra, procreacion de hijos, y otras cosas à este modo. Derecho de Gentes llaman el que es solo comun à los hombres, y à todos, ò quasi todos conviene, como es la Religion àcia Dios, el obsequio, y reverencia à los padres, y à la Patria. Derecho Civil llaman al que es propio de una Poblacion, República, ò Ciudad. Y para mayor claridad suelen distinguir dos Derechos de Gentes; uno primario, y otro secundario: el primario conviene à la naturaleza racional, considerada segun si, y sin respecto à la Comunidad, y de este modo es Derecho de Gentes todo lo que dicta la razon natural. El secundario conviene à la naturaleza humana, segun constituida en sociedad, y compania; y de este modo es Derecho de Gentes todo lo que està admitido en-

tre las Sociedades, como dictado por la razon natural, y todo aquello en que comunmente han asentido todas las Naciones, como la division de los bienes, derecho de dominio, contratos, &c.

Los Theologos se remontan un poco mas, dividiendo el Derecho en Natural, y Positivo. El Natural, como originado de la naturaleza de la cosa, de donde se deriva en precepto. El Positivo, cuya obligacion se origina de la voluntad del Legislador. El Positivo lo buelven à subdividir en Divino, y Humano. El primero conoce à Dios por inmediato Legislador, yà en el Viejo, yà en el Nuevo Testamento. El segundo, de quien es Legislador el hombre. El Derecho Humano lo buelven à subdividir en Derecho de Gentes, Civil, y Canonico, &c. En qualquiera de estas explicaciones se concibe, què se entienda por Derecho, y cómo se divida; y el disputar sobre el nombre, que à cada miembro se le deba dàr, es una disputa, que no mira à la substancia de la cosa (1).

Derecho Natural, y Positivo.

Al principio de las Sociedades, las Leyes, imitando la sencillez del Gobierno de donde procedian, fueron muy simples. Su aumento, y perfeccion se debe al tiempo, y à la experiencia, que es quien perficiona toda obra, que sale de la humana capacidad. La necesidad de proveer à nuevos casos, y de cortar las invenciones de la malicia, despertò la atencion de

Sencillez de las primeras Leyes, y su perfeccion.

(1) Vid. Card. de Luc. *Con. flit. observ.* 18.

de los Legisladores , para acudir al remedio con el freno de nuevas leyes. Como su establecimiento pide un conocimiento grande del corazon humano , y una penetracion de la propiedad de los medios para acudir à las necesidades de la Sociedad, y mantener la harmonia entre sus miembros con la conveniente robustéz para resistir à los insultos; siempre el oficio de Legislador fuè el emplèo de los hombres mas sabios , y Filósofos mas profundos , que ha venerado la antigüedad. Por esto Hermes, ò Mercurio consiguió el glorioso nombre de Trismegiste, que quiere decir tres veces grande, por haver unido al emplèo de Sacerdote, y Filósofo el glorioso Título de Legislador, que perpetuò su memoria , haviendo , segun se dice , vivido dos mil y novecientos años antes de la Venida de Jesu-Christo. Es la Legislacion una obra, de cuyo acierto pende el gozo pacifico de los bienes, y producciones de la tierra , felicidad de sus Principes , comodidad de los particulares, y toda la salud pública.

Aunque al principio las Leyes no tuvieron aquella perfeccion que les debe ser propia , tuvieron la incomparable ventaja de ser pocas, y facilmente perceptibles ; no necesitando otro estudio , que el de la educacion , ni de otros Maestros , que la tradicion de padres à hijos : de modo , que qualquier Ciudadano se hallaba en estado , no solo de conocer su justicia , sino tambien de defender su causa ante el Juez , sin necesidad de Abogado , ni de otro

otro Defensor. Dichoso tiempo, en que eran tan facilmente accensibles la verdad, y justicia!

No hay noticia, que los habitantes de la tierra, antes del Diluvio Universal, tuviessen otras leyes, que la Natural, cuya perversa transgression les atrajo aquel tremendo castigo. Dios, que entre las Naciones de la posteridad de Noè eligiò por suyo el Pueblo, que saliò de Abraham por Isaac, y Jacob, les diò tambien leyes por Moyfès, cuya observancia siempre atrajo al Pueblo de Israèl sus felicidades, como la prevaricacion su ruina. Entre otros Pueblos Osiris diò Leyes à los Egypcios. Minos à los Cretenses. Hippodamo à los Meliseos. Philolao à los Thebanos. Lycurgo à los Lacedemonios. Dracon, y Solòn à los Athenienses. Romulo, y Numa à los Romanos. Y este fuè el Pueblo, que se supo formar el mejor cuerpo de Leyes, las que como sólidamente fundadas en la razon natural, y por su equidad, se han grangeado la atencion de quasi todas las Naciones de la Europa: de modo, que aun hoy, despues de tantos siglos destruida la dominacion Romana, las veneran, y atienden los Pueblos mas cultos, formando de ellas una ciencia, que con todo cuidado se enseña en sus Universidades, ò Estudios generales, en que no es menor nuestra España, en donde hay muchos con diferentes Cathedras ricamente dotadas para la mayor facilidad de este estudio. Entre la variedad de Leyes, por las que se gobernaron Pueblos, y Naciones

tan

Varios Legisladores.

tan diversas , solo las Romanas conducen à mi proposito , y hacen el objeto de nuestra particular atencion.

DISCURSO II.

DEL DERECHO ROMANO (1).

EL Fundador de Roma para la poblacion de esta Ciudad se valió de unas gentes, que apenas conocian otra razon , que el esfuerzo de su brazo , y cuyos delitos les havian desterrado de otros Pueblos ; mas propias para invadir , que para formar Sociedades. Conociò bien Romulo , que sin el freno de las Leyes era insuperable la ferocidad de unas gentes de este orden. Se aplicò à la Legislacion : digno empleo de un Soberano : la que mas felizmente prosiguiò Numa , su sucessor , à quien la apacibilidad de genio hacia mas propio para esta ocupacion. Los mas Reyes sucessores añadieron las Leyes que les dictaba la razon , y la naturaleza de su Gobierno. Expulsos los Reyes de Roma , despues de doscientos quarenta y quatro años de su fundacion , quinientos y nueve antes de la Venida de Jesu-Christo , por la tyrania de Tarquino , que le mereciò el renombre de Soberbio ; la nueva República extendiò el odio de los Reyes à las Leyes que estos havian autorizado. Y aunque Papyrio en tiempo de Tarquino tuvo el cui-
da-

Codigo de Papyrio.

(1) *Vide tit. ff. de Origine Juris.*

dado de recoger en un volumen las Leyes, que sirvieron à Roma en su primer Gobierno ; estas las desconociò la República , reputando indecoroso à su nueva libertad el conservar vestigios de la que creian antigua servidumbre. La varia reolucion de los tiempos no ha impedido el que llegassen à nosotros algunos preciosos fragmentos de estas Leyes , que representan el caracter de aquellos primeros Romanos , entre quienes se percibe la imagen de una sólida virtud entre las sombras de un ciego Gentilismo.

Conociò la República la necesidad de Leyes para su Gobierno ; y siendo tan famosas en aquellos tiempos las que Solòn havia dado à los Athenienses , embiò tres Diputados à Athenas , para que trajessen escritas , no solo las de aquel sabio Legislador , sino tambien las por que se regian otros Pueblos. Llegaron los Diputados à Roma con esta famosa Coleccion , y la República señalò de entre sus mas acreditados Senadores diez Varones , que llamaron Décemvir , para que de las Leyes Griegas , y costumbres del País , formassen un cuerpo de Derecho , que sirviessse à su Gobierno. Executaron los diez Varones su encargo , escribiendo en doce Tablas las Leyes por que se gobernò una República , que llegó quasi à señorearse del mundo. Coleccion tan famosa , que Ciceròn la apreciaba mas que todos los libros de los Filósofos ; pues en ella , admirando el gran genio de la antigüedad , se instruía en el conocimiento del corazon hu-

ma-

Leyes de las
XII. Tablas.

mano. Y Livio (1) la llamó fuente de todo el Derecho público, y privado. A la diputacion de los diez Varones se encargò tambien su interpretacion. De aqui passò al Colegio de los Pontifices, de cuyo cuerpo se diputaban miembros para instruir à los Litigantes, en el modo de proponer sus acciones, lo que se observò cerca de un siglo. Esto no impedia el que huviesse otras personas dedicadas à este estudio, quienes tambien ayudaban à las partes en sus consejos.

Progresos del
Derecho Ro-
mano, y va-
rios nombres
de sus Leyes.

En una República, que tanto se aumentaba en dominios, y en que se veían tantas variaciones, y rebolesiones, era forzosa para su Gobierno à cada passo la formacion de nuevas Leyes. Y como la autoridad estaba tan repartida entre sus miembros, tomaron las Leyes diversos nombres, segun la autoridad de donde dimanaban. Las que hacia el Senado con aprobacion del Pueblo, se llamaban con especialidad Leyes. Las que publicaban los Ediles, se llamaban *Ædilitia* *Ædicta*. Las de los Pretores, *Ædicta Prætoria*. Las del Pueblo, *Plebiscita*. Los Consejos, ò respuestas de los Jurisconsultos (*Responsa prudentum*) eran otros tantos oráculos, y de una veneracion poco inferior à la Ley. Señal cierta, que estos Jurisconsultos juntaban à la ciencia legal unas costumbres, y un modo de vivir capaz de autorizarlos en tan alto grado.

En-

(1) Livius lib. 3. cap. 34. | *vatique juris.*
Fontem universi publici, pri-

Entre tanta multitud de Leyes, y variedad de respuestas de los Jurisconsultos, yà era preciso reynasse la confusion, y desorden, y que la Justicia se obscureciesse con sombras propias à servir de velo à Jueces iniquos. Lo conociò aquel alto genio de Ciceròn (1), de quien afirma Aulo Gelio haver pensado unir tanta multitud de Leyes en un systèma perceptible. Fuè desgracia, que las turbaciones de la República, y la suerte trágica de este Orador, el mas propio para hacer un methodo de Jurisprudencia, no le huviesse dado lugar para exercer en esta Obra sus talentos.

Pensamiento de M. T. Ciceron.

Julio Cesar pensó evitar la confusion, quitando la facultad à los particulares de dar respuestas en Derecho; y esta providencia, que parece debia tener el efecto deseado, dañò mucho al sosiego público, segun testifica el mismo Ciceròn, y se hace del todo creible; pues tan crecido numero de Leyes no podia hacerse perceptible sin el auxilio de hombres dedicados à este estudio. Conociò Cesar esto mismo; y quando pensaba dar à las Leyes un orden, que las hiciesse mas inteligibles, y al Imperio nuevas conquistas, para realzar su gloria, y engrandecer mas su nombre, el exceso de autoridad, que havia usurpado en una Republica libre, diò un trágico fin à su vida. Su sobrino, y successor Augusto, en quien

Pensamiento de Julio Cesar.

B

se

(2) Cum multa praeclare legibus essent constituta, ea Jurisconsultorum ingeniis, pleraque corrupta, ac depravata sunt. Cicero pro Lucio Murena.

se confirmò la Soberana autoridad, poniendo fin al Gobierno Republicano, y dando principio al Romano Imperio, se viò obligado à renovar à los Jurisconsultos la facultad que Julio Cesar les havia quitado; pero con la precaucion de no concederla sino à hombres sabios, y de conocido merito; con lo que añadió à las respuestas de los Jurisconsultos mayor graduacion, y respeto. Este mismo exemplo siguieron los mas Emperadores.

Octaviano
Augusto Ce-
sar.

Aunque Augusto uniò en su persona las preeminencias de Rey, y Dictador, segun se verifica por la Historia, y por la Ley llamada *Regia* (1), que contiene las disposiciones de esta Suprema Potestad, no dejó de residir en el Senado una sombra del poder que tenia en tiempo de la Republica, con lo que continuò en promulgar Leyes al tiempo mismo que los Cesares promulgaban Constituciones Imperiales, y que célebres Jurisconsultos daban sus respuestas de una autoridad poco inferior à la Ley. Esta autoridad de los Jurisconsultos parece se conservaba en el tiempo de Seneca, asegurando este Filosofo, que sus respuestas se veneraban aun quando no señalassen la razon de su fundamento (2). Hallamos, no obstante, entre estos Jurisconsultos, que no solo havia variedad de opiniones, sino tambien

(1) Vide Carranza de Patau, *toritas prodest, sic quomodo Jurisconsultorum valent responsa*, cap. 2. num. 246.

(2) *Quid quod, etiam sine etiam si ratio non redditur. Seneca epistola 34.*

cierto genero de Escuelas , ò Sectas , que libremente cada uno podia seguir , llamandose del nombre de los Inventores , ò primeros Maestros , Sabinianos de Sabino , Proculeyanos de Proculo , Pegasianos , Casianos , &c. (1) Con lo que el desorden de la Jurisprudencia empeoraba todos los dias.

El Emperador Cayo Cesar , à quien un genero de calzado de que usaba diò el nombre de Caligula , se propuso prohibir las Escuelas de Jurisprudencia , porque decia introducian futelezas inutiles en el Derecho , desviandolo de la razon natural (2). Si este pensamiento huviera procedido de algun Monarca juicioso , sin duda se deberia contar entre las maximas de un sabio Gobierno ; pero en un maniatico , como Caligula , se debe reputar efecto de aversion à toda literatura ; como lo fuè el pensamiento de prohibir la lectura de Homero ; porque decia ser el Emperador tan poderoso como Platon , que lo desterrò de su Republica ; y la de Virgilio , y Tito Livio , por ser aquel un Poeta sin espìritu , y este un Historiador inutil , y embustero. Y quando se aplicò la quadrigesima parte de todos los bienes , que se pudiesen en litigio , no fuè con

Cayo Cesar.

B 2

ani-

(1) §. *Quum ex aliena materia* 25. *Instituta de Rerum divisione.* Leg. 2. §. *Hi duo, ff. de Origine Juris.*

consultorum omnem usum aboliturus, saepe jactavit, se, mercede effecturum, ne quid respondere possent prater eum. (Alti

(2) *Suetonius in ejus Vita, cap. 34. Quasi scientia Juris*

legunt: prater equum.)

animo de evitar pleytos, sino un arbitrio de llenar su avaricia, llevando à mal el que los pleytos se cortassen de otro modo, que con los tramites judiciales. El mismo fin tuvo en esto, que en tributar las diversiones de las mugeres públicas, cuyo lucro procuraba aumentar, solicitando todas las comodidades de este comercio.

Edicto perpetuo del Emperador Adriano.

El Emperador Adriano quiso en algo remediar el desorden de la Jurisprudencia; y valiendose de la capacidad del Jurisconsulto Salvio Juliano, hizo juntar en un volumen todos los Edictos de los Pretores de mas recomendable justicia, y equidad, distribuyendolos por diversos libros, y titulos, à cuya Coleccion diò con la autoridad Imperial el nombre de Edicto perpetuo, dejando en su vigor las antiguas Leyes. De este Edicto se hizo una especie de Compendio con el nombre de Edicto Provincial. Fuè este Edicto assunto en que se exercitaron los mas célebres Jurisconsultos, Paulo, Ulpiano, Pomponio, Callistrato, haciendo sobre el varios Comentarios, en que la discordia de sentimientos hizo lugar à una Jurisprudencia arbitraria, dependiendo de los Jueces la eleccion entre dictámenes opuestos.

Edicto Provincial.

Providencia del Emperador Theodosio contra el desorden de la Jurisprudencia, y refpuestas de los Jurisconsultos.

Conociò Theodosio el Mozo este desorden, que intentò remediar, promulgando una Ley, por la que derogò la autoridad de los Jurisconsultos, exceptuando à Papiniano, Paulo, Ulpiano, y Cayo, determinando, que en caso que estos no fuesen conformes en sus decisiones, se siguiesse la pluralidad; y que el sufragio

gio de Papiniano fuesse atendido con preferencia à los demàs. Esta Ley se halla en el Código Theodosiano, con la inscripcion *Theodosius, & Valentinianus* (1). Providencia tan trabajosa, como fatal à los pleytos, segun la que era preciso contar los sufragios de los Jurisconsultos autorizados, con especial atencion al sentimiento de Papiniano, recayendo la disputa, no yà sobre el sentido de la Ley, sino sobre el sentimiento de los Interpretes, interpretando los Jueces, y Abogados, no yà la Ley, sino la interpretacion misma.

De varias Constituciones Imperiales, Gregorio, y Hermogenes, dos particulares, que parece vivieron en tiempo de Constantino, hicieron cada uno su Coleccion, que se llamaron del nombre de sus Colectores, Código Gregoriano, y Código Hermogeniano. Este ultimo contiene solo Constituciones de Diocleciano, y Maximiano: el primero de otras de distintos Emperadores; y de estas dos Colecciones solo tenemos al presente algunos fragmentos.

Código Gregoriano, y Hermogeniano.

El Emperador Theodosio el Mozo publicó en el año de quatrocientos treinta y cinco una Coleccion, que de su nombre se llamó Código Theodosiano, en que recogió las Constituciones de los Emperadores Christianos, distribuyendolas en diez y seis libros. Y no obstante las contradicciones, y otros defectos, que notò Gothofredo en la erudita Edicion que

Código Theodosiano.

(1) Leg. I. tit. 4. lib. I. Cod. Theodof.

hizo de esta Obra, lo que de ella tenemos ha-
ce desear lo que la injuria de los tiempos no
permitió llegasse al nuestro.

Conducta del
Emperador Jus-
tiniano.

Este era el estado de la Jurisprudencia Ro-
mana al tiempo que Justiniano se ciñó la Pur-
pura Imperial: estado, en que segun él mismo
afirma (1), la verbosidad de los Interpretes, y
la contrariedad de sus sentencias, tenia quasi
todas las Leyes en una obscura confusion, y to-
do el Derecho conturbado.

Para remedio de este desorden en la facul-
tad legal emprendió este Emperador una
Obra, en la que, segun él mismo escribió al
Senado, havian en verdad pensado sus ante-
cestores; pero ninguno se havia atrevido à
executar, y que todo el mundo miraba como
fuera de las fuerzas del entendimiento huma-
no. Sin duda si la Obra huviera respondido
à lo que prometió Justiniano, sería acree-
dor à las alabanzas con que él mismo se in-
cienfa. Y tal qual ella es, ha dado mucho ho-
nor à su Imperio, y à los diez y seis Juriscon-
sultos, que trabajaron en ella. Entre estos
Triboniano, à quien el mismo Emperador
colma de alabanzas, y llenó de honras, es à
quien la Critica atribuye lo bueno, y lo ma-
lo que en dicha Obra se encuentra. El meri-
to de Justiniano, y el de Triboniano no ayu-
dan al honor de su empresa, puesto que la
conducta de aquel Emperador es un proble-
ma

Merito de Tri-
boniano, fa-
moso Juriscon-
sulto, em-
pleado con
otros en las
Colecciones de
Justiniano.

(1) *Constitut. Deo Auctore*, | *Cod. de Veteri Jure enuclean-*
§. 12. *Constitut. Tanta*, §. 21. | *do.*

ma en la Historia. Aun sobre su literatura hay opiniones tan diferentes, que haciendolo unos literato, dicen otros haver sido tan ignorante, que no sabia el abecedario (1). Y Triboniano, si creemos à Suidas, fuè una alma venal, y un hombre sin Religion. Y Mathèo Blastares, Monge Griego, en una Historia del Derecho Romano, que diò à luz en el siglo XIV. dice, que este Jurisconsulto era muy verificado en todo genero de ciencia; pero culpable de una avaricia diabolica: y que quando compilò las Novelas, los que tenian, ò esperaban pleytos, le sobornaron con dinero para que las pusiesse de un modo, que les fuesse ventajoso, ò à lo menos, que no les fuesse perjudicial. Y aunque no le faltan à Triboniano defensores contra estas, y otras acusaciones, con dificultad se le podrà escusar de haver dado motivo con vejaciones, que hizo al Pueblo, de que se le notasse de avariento, y fuesse desposeido de su primer Questura, en la que fuè reintegrado, dando pruebas de mejor conducta.

Vengamos à la Obra Juridica de Justiniano. En el segundo año de su Imperio, que corresponde al de quinientos y veinte y nueve de la Era vulgar, en diez y seis de Abril publicò un Código, que vino à ser una Coleccion del Gregoriano, Hermogeniano, y Theodosiano, reduciendo los tres à un solo Código, que se llamò Justiniano; de cuya

Colecciones, y
Obras de Jus-
tiniano.

B 4

Obra

(1) Vide Bovadill. *Politica*, | lib. 2. cap. 6. num. 15.

Obra solo la noticia llegó à nuestros tiempos.

En el sexto año de su Imperio, ò en el de quinientos treinta y tres de la Era vulgar publicó el Digesto, ò *Pandectas*, nombre Griego, que indica Coleccion de toda la doctrina legal: en el mismo año, y un mes antes de la publicacion de las *Pandectas* publicó las Instituciones, que son como elementos del Derecho; y en el siguiente año de quinientos treinta y quatro publicó otro Código *repetita praelectionis*, revisto el primero, emendado, y añadido de varias decisiones, y es el de que hoy usamos. Junto con este anda el Libro de las Novelas, ò Constituciones nuevas, que publicó el mismo Emperador, segun se cree, el año siguiente. Estas Novelas regularmente derogan, y corrigen el Derecho antiguo contenido en el Digesto, y Código.

Instituciones.

Entre todas estas Obras las Instituciones, que vulgarmente llamamos Instituta, es la que dà mas honor à sus Compositores. Es ciertamente un pequeño, pero muy luminoso volumen, en que claramente se describe la idea de la Jurisprudencia Romana, conduciendo à los principiantes por seguros, y sólidos elementares fundamentos, capaces de facilitarles las riquezas, que de esta profesion se hallan esparcidas en las vastas regiones de las *Pandectas*, y Código.

Digesto, ò
Pandectas.

El Digesto, ò *Pandectas* es una Obra muy difusa, dividida en cinquenta libros, y cada libro en diversos titulos. El trabajo de los Compiladores fuè grande, aunque reducido à

ex-

extraher de mas de dos mil volumenos de los Jurisconsultos, en que andaba esparcida la literatura legal, lo que juzgaron ser mas à proposito à ilustrar la Jurisprudencia. Estos Extractos los colocaron bajo el título à que pertenecieron, poniendo sobre cada Extracto el nombre del Jurisconsulto con citacion de la Obra donde se extrajo.

Esta Obra, aunque compuesta de sentencias de Interpretes particulares, la ilustrò Justiniano con su Imperial autoridad, teniendo en ella fuerza de Ley, lo que antes solo tenia el peso de interpretaciones de hombres graves (1). En una Coleccion de esta classe no son de admirar los defectos, que se hacen muy visibiles, no solo por no haverse guardado el systèma de las Instituciones, y orden conveniente en los libros, y sus titulos, sino tambien por las contradicciones, y ambigüedades que en el se encuentran, y que causan indissolubles dificultades; y las autoridades de los Jurisconsultos por lo comun son extrahidas del hilo que el Jurisconsulto llevaba en su Obra, y de que debia pender su verdadero sentido (2).

De toda esta Obra hicieron los primeros Interpretes, para mejor comodidad, tres divisiones, que señalaron con los tres nombres de Digesto Viejo, Digesto Nuevo, è Inforciato,

fo-

(1) Vid. tit. Cod. de Vet. tit. ac vana implevit. Apud
ri Jure enucleando. Lucam de Judic. disc. 35

(2) Justinianus superflua subf. num. 6.

sobre cuyo origen, y significacion disputan, no menos lata, que ociosamente algunos Doctores (1).

Verdaderamente se encuentra en las Pandectas toda la doctrina de Jurisprudencia; y aunque sin el método conveniente, se hace de él mayor aprecio por los fragmentos de las Obras de los Jurisconsultos, que contiene tanto mas admirables, quanto no han tenido otra guia en sus decisiones, que la reflexion sobre los dictámenes de la razon natural: fragmentos tan excelentes, que hacen culpable la conducta de Justiniano en haver hecho olvidar, y perder los Libros de aquellos esclarecidos Jurisconsultos, substituyendo en su lugar unos mutilados Extractos.

Esta pérdida se reparò en algun modo por algunos Curiosos, que ansiosamente indagando por las antiguas Bibliothecas, hallaron diversos manuscritos de Obras de estos Jurisconsultos, que dieron à la Imprenta con no poca utilidad de la Literatura legal, usandose de ellos como se debe, no para inducir nuevo Derecho, sino para suplir à las mutilaciones hechas por Justiniano, y sacar à luz el verdadero sentido de la sentencia del Jurisconsulto (2).

En el Código se observò el mismo methodo que

(1) Vide Barbof. *ad. tit. | quest. 11. num. 18. tit. 1. Dig. Solut. matrimon. prim. |* Vid. Card. de Luc. *Conflict. part. rubric. à n. 1. | Leg. observ. 23.*

(2) Morla *Empor. part. 1. |*

que en el Digesto, no habiendo mas diferen-
cia de fer este una Coleccion de sentimientos
de los Jurisconsultos mas famosos, y aquel
una Coleccion de Constituciones Imperiales.

Codigo repe-
titæ prælec-
tionis.

Haviendose propuesto Justiniano en esta
nueva disposicion legal, el poner un Derecho
claro, y perceptible, libre de las tinieblas, con
que le havian obscurecido, no podia contem-
plar ser este fin assequible, no corrandó la
raiz, que havia producido el desorden à que
intentaba poner remedio; por esto prohibió
severamente à todos los peritos de Derecho,
que al tiempo existian, ò lo fuesen en lo ve-
nidero, el que hiciesen à esta nueva compo-
sicion Notas, Comentarios, ò otro genero
de interpretaciones, condenando à los con-
traventores en las penas de falsarios; pero co-
mo podria suceder haver alguna cosa, que ne-
cesitasse declaracion, previene, que en este
caso recurran los Jueces al Emperador, à quien
solo, como el promulgar Leyes, pertenece el
declararlas (1). Tan mal se observò esta provi-
dencia, como en su lugar diremos (2).

Prohibicion
de Justiniano
de interpretar
el Derecho.

Despues de la muerte del Emperador Justi-
niano, las irrupciones de Naciones Barbaras
en el Imperio ocasionaron à la Jurispruden-
cia la misma ruina que à toda otra buena lite-
ratura (3): de modo que las Pandectas queda-
ron

Hallazgo de
las Pandectas,
olvidadas con
el tiempo.

(1) Leg. Deo Auctore, §. 12.
leg. Tanta, §. 21. leg. Dedit
nobis, §. 21. Cod. de Veteri ju-
re enucleando.

(2) En el Discurso 4. de este
libro.

(3) Borel. de Præstantia Regis
Catholici, cap. 78. num. 26.

ron como olvidadas de la memoria de los hombres, principalmente en el Occidente, hasta el siglo XII. y año de mil ciento y treinta, en que con motivo de la guerra ocasionada entre el Emperador Lothario II. y Rogerio, Duque de Calabria, y de la Apulia, Provincias en el Reyno de Napoles (para asegurar à Innocencio II. en su Silla Apostolica, contra el Antipapa Pedro de Leon, que à favor de algunos Cardenales, dinero, y amigos, principalmente dicho Duque, se havia tomado el nombre de Anacleto) haviendo Lothario sometido dichas Provincias, en el saqueo de Amalfi, Villa de la Apulia, hecho por las Tropas del Papa, y Emperador, se encontraron las Pandectas (1): manuscrito, que se asegura ser del tiempo de Justiniano, ò muy cerca. Este precioso manuscrito se llevó à Pisa, y de allí fuè transportado à Florencia, en donde se conserva con mucha estimacion. El mismo Emperador Lothario publicò (segun algunos dicen) Edicto para que se enseñasse el Derecho Romano en las Escuelas, y se practicasse en los Tribunales del Imperio.

De este thesoro de Jurisprudencia luego se esparcieron en Europa varias copias, en las que fuè facil introducirse por descuido de los Copistas falsas lecturas, y defectuosas puntuaciones; lo que no poco embarazaba el estudio del Derecho Romano, retardando su inteligencia. Las impresiones siguieron los vicios de

(1). Vid. Card. de Luca de *Servit. in annor. ad disc. I. n. 5.*

de las copias manuscritas ; y aunque se puso el cuidado de rectificarlas con el manuscrito Florentino , no por esso ha cessado la facilidad de los Interpretes de culpar defectuosos los textos , quando no se acomodan con sus particulares opiniones. Jacob Cujacio J. C. Francès , cuyas Obras le dan un grado muy eminente en la Literatura Juridica , y que floreció en el siglo decimo sexto , prometiendose hallar en aquel manuscrito muchas luces para ilustrar la Jurisprudencia Romana , pretendió con mucha ansia tenerle en su poder por espacio de un año , ofreciendo en fé de seguro retorno un deposito de dos mil escudos de oro. Y aunque el Duque , y Duquesa de Saboya interpusieron su credito con Cosme de Medicis à favor de Cujacio , solo pudieron conseguir del Gran Duque un honrado acogimiento al J. C. para que fuesse à Florencia à reconocerle à su gusto. Prueba de la precaucion con que se guarda este thesoro de Amalfi ; pero Cujacio no se hallò en estado de poder emprender este viage.

La Italia parece fuè la primera en recibir el Derecho Romano en sus Escuelas , è insensiblemente se fuè introduciendo por las Universidades de la Europa , cuyos Pueblos dismembrados del Imperio Romano por nuevos Conquistadores , y agitados en continuas revoluciones , no tenian mas Leyes , que lo que dictaba la razon , y el buen sentido , junto con sus particulares costumbres , que tomaban fuerza de ley ; pero éstas solo decidian algunos

Como se recibieron las Leyes Romanas como un Derecho Comu.

nos casos singulares, sin doctrina universal, que fuese aplicable à otros casos, y circunstancias. Y como en el Derecho Romano huviesse para esto mayor provision, y por otra parte las Leyes Romanas no tengan comunmente otro apoyo para sus decisiones, que la razon natural, y buen sentido; los Pueblos, desnudos de la barbarie, que sus incessantes revoluciones havia introducido, conociendo deber vivir racionalmente, unieron à sus costumbres las Leyes Romanas, que hallaron fundadas en los dictámenes, que la razon natural inspira à la humanidad (1). El Derecho Canonico, adaptando, y imitando muchas de estas Leyes, les comunicò cierto grado de autoridad (2).

Fuè, pues, como necessario recibir un cuerpo de Derecho, que ademàs de su equidad, no tenia por competidor otro tan completo; contribuyendo mucho las Escuelas, à cuyos Profesores se solian encomendar los cargos de Justicia, y quienes tenian el cuidado de hacer practicar lo que en ellas havian estudiado. Con lo que vino à ser en la Europa el Derecho Romano un Derecho comun, y las costumbres de cada Reyno, ò Provincia, un Derecho particular. De donde viene, que quando nuestros AA. hablan del Derecho de algun Reyno, dicen por Derecho de España v. g. ò simplemente por Derecho Real; y para denotar el Romano, dicen por Derecho Comun.

Aun-

(1) Card. de Luc. *Conflictu Legis, observ.* 19.

(2) Cap. 1. de *Novi operis nunciacione*.

Aunque el Emperador Justiniano, como hemos dicho, para evitar los inconvenientes, que havian dado causa à la confusion de las Leyes, prohibiò severamente todo genero de interpretacion à sus nuevas Colecciones, no se creyò deber ser practicable esta providencia; pues además de que una Obra tegida de tanta diversidad de fragmentos, no pocas veces entre sì discordes, y repugnantes, sin orden, ni metodo instructivo, necessariamente pedia Interpretere, lo hacian mas preciso las circunstancias del tiempo, en que este Derecho, despues de tantos siglos sepultado, resucitò entre unos Pueblos, entre quienes apenas havia cosa comun con los antiguos Romanos, trastornado el modo de Gobierno, mudadas las costumbres, è introducidas las que las Naciones conquistadoras trajeron de los Cantones de donde salieron à arruinar este glorioso Imperio.

Conduce sin duda mucho para la inteligencia de las Leyes, como ingeniosamente lo pensò el célebre Cujacio (1), su uso quòtidiano, y el hablar con unos Pueblos, que estàn en el hecho de lo que disponen, que sin necessitar muchas palabras entienden la voluntad del Soberano, y lo conveniente al bien público; lo que, aun con largas explicaciones, no puede ser assequible de un Pueblo extraño. Son como los Criados de un Padre de familias, que acostumbrados al régimen de aquella casa, facilmente perciben la voluntad de su Amo, y

aco-

(1) Cujacius in *Prefat. Parat. Digest.*

acomodan sus mandatos con el acostumbrado gobierno ; para lo que los Criados nuevos, aunque sean hábiles , necesitan largas instrucciones.

Muchas prácticas , que dan el alma , y espíritu à la Ley , penden mas de la tradicion de unos hombres à otros , que de sus palabras ; las que faltando aquella tradicion , se hacen dificultosamente perceptibles. Esta falta de tradicion en unos tan inmutados Pueblos , quando otras confusiones no embolviera el Derecho Romano , necessariamente pedia Interpretre ; y ojalà la diligencia de éstos fuera suficiente para declararle!

La mutacion de language , no siendo yà la Latinidad un idioma comun , sino una trabajosa adquisicion con un particular estudio, bastaba para hacer imperceptibles aquellas Colecciones sin el recurso à los Interpretes ; y aun entre los primeros que se aplicaron à la interpretacion de las Leyes , era tan imperfecto el conocimiento de la Lengua Latina , que hizo lugar à varios errores , que despues otros mas diestros Latinos emendaron (1).

Se debe esto , como todo progreso en la Literatura , al esfuerzo que desde el siglo decimo quarto hicieron las Universidades de Europa , promovidas de sus respectivos Principes , para desterrar la ignorancia , en que los Pueblos por sus continuas revoluciones , y defecto de Escuelas publicas, estaban sumergidos.

-002

Y

(1) Card. de Luc. de *Juda* l. ciii. *discurs.* 35. num. 68.

Y aunque conservaron algunos de nuestros Interpretes en sus Comentarios una especie de barbarie, que hace su lectura nada apetecible, se halla ya en muchos modernos enteramente corregida. Ciertamente las Colecciones de Justiniano necesitaron de Interprete; pero fueron tantos los que concurrieron à interpretarlas, que añadiendo nuevas confusiones à las que en sí contenian, pusieron el Derecho en peor estado de incertidumbre del en que antes de este Legislador se hallaba, como por los Discursos de esta Obra se irá manifestando.

Puesto que el Derecho Romano es el Comun de quasi toda la Europa, tambien le son comunes las interpretaciones de los J. C. Europeos: y así los AA. DD. ò Interpretes Franceses, Italianos, ò Alemanes, no nos son à los Españoles de menos autoridad, que los Nacionales, quando no se trata de negocio expressamente decidido por Ley del Reyno: y en este mismo sentido observamos las decisiones de los Tribunales Estrangeros, con quasi la misma sumisión con que veneramos las de los nuestros. Y en otra parte se dirá quanto en esto erramos, no solo confundiendo nuestra Jurisprudencia, sino tambien contrayiniendo à nuestras mismas Leyes.

A este Derecho Comun se añadieron dos Libros, que andan con elCodigo, que tratan de los Feudos. Esta addicion fuè puesta despues que arruinado el Imperio Romano, se inventò con el nombre de Feudo la

Interpretaciones del Derecho Romano, ò Comun, igualmente comunes.

Derecho Feudal.

Jurisprudencia correspondiente à materia feudal; aunque apoyada con las Leyes de los Romanos en quanto pudo ser posible. Estos Libros solo refieren las costumbres, que comunmente se practican en los Feudos; y aunque su Coleccion no tiene otra autoridad, que la de algunas personas particulares, que se aplicaron à aquel trabajo, como fueron Oberto, Gerardo, y otros mas modernos, que tambien añadieron algunas Constituciones de los Emperadores de Alemania; no dejan, no obstante, los Interpretes de disputarlo, en consideracion à la diferencia, que desde mucho tiempo dan los Pueblos à aquellos Libros, los que siempre se citan con mucho respeto (1).

Constituciones de los Emperadores de Oriente.

El estudio serio, que de la lengua Griega se hizo posteriormente en la Europa, havendonos procurado, con no pocos progressos de la Literatura, la traduccion de multitud de Obras Griegas à la Latinidad; tambien lograron este mismo beneficio varias Constituciones, que los Emperadores de Oriente en diversos tiempos promulgaron, y que en las modernas impresiones se incorporaron en el Codigo de Justiniano: y no siendo à la verdad mas que un trabajo gramatical de los que se emplearon en traducirlas, no dejan de originarse graves disputas, tanto sobre su autenticidad, como sobre la autoridad, y fuerza que tengan, para ser atendidas como Leyes (2).

Es-

(1) Vid. Card. de Luc. *Con-*
sist. Legis, observ. 21.

(2) Card. de Luc. *de Ser-*
vitut. disc. 1. à n. 4.

Este mismo estudio de la lengua Griega nos facilitò la traduccion de la grande Obra nombrada Basilicon, ò Constituciones Imperiales, que se imprimiò ultimamente en las dos lenguas, Latina, y Griega en Paris, año de mil seiscientos quarenta y siete, de la que hace memoria el Cardenal de Luca (1). Esta Obra es una nueva compilacion del Derecho Romano del Emperador Leon Sexto, que entrò en el Imperio de Oriente por los años de ochocientos ochenta y seis. Pareciendole à este Emperador imperfecta la hecha por Justiniano, y fuera de esto, habiendo ya entonces el contrario uso abrogado muchas de sus disposiciones; hallò conveniente hacer otra, dividida en seis partes, y sesenta libros, quitando lo que el uso havia antiquado, y añadiendo las nuevas Leyes, que él, y su padre havian publicado. Pero qualquier autoridad que este nuevo cuerpo de Leyes haya tenido en el Imperio de Oriente, fuè enteramente desconocida en el Occidente: y como advierte el mismo Luca, esta Obra solo puede ser buena para la diversion de los Eruditos, y no para el Fuero práctico.

Finalmente la lengua Griega, en que felizmente se exercitaron varios Professores de Derecho, no puede negarse haver contribuido mucho à su inteligencia, dando luces para

Utilidad de la lengua Griega, para la ilustracion del Derecho Romano.

C 2

def-

(1) Card. de Luc. in anno-
tat. ad disc. 1. de Servit. num.
fin. Dom. Remig. Ceillier de

Scriptor. Ecclesiast. tom. 19.
cap. 35.

deshacer muchas equivocaciones, que la Latinitad solo no podia ministrar; entre cuyos beneficios añadió tambien à su interpretacion nuevas dificultades: y con no poco embarazo al comun de los Lectores, se esparcen en los Comentarios Latinos lunares Griegos, lo que à Parladorio (1) parece hermosura, y à Don Diego Saavedra Fajardo causa risa (2).

DISCURSO III.

COMPENDIO HISTORICO
del Derecho Canonico.

TOdo este Cuerpo de Derecho, de que acabamos de hablar, mira principalmente al Gobierno Civil: la Religion era preciso tuviese sus Leyes en orden à la direccion espiritual. Estas se llamaron Canones, del nombre Griego Canon, que significa Regla. Era costumbre en los Concilios, despues de la decision de los puntos sobre que havian sido principalmente convocados, establecer ciertas Reglas, ò Canones para la direccion de cosas Eclesiasticas. Los que procedian de Concilios Ecúmenicos, ò Generales, obligaban à toda la Iglesia. Los Concilios particulares à sola la Provincia de su convocacion; pero siempre se atendian con mucho respeto en las mas Iglesias. Solian los Pontífices Romanos ser con-

Canones.

Decretales.

(1) Parladorius *Epistol.* 2. | (2) Saavedra *Republica Lib-*
ad Filios, circa finem. | *rar fol...*

sultados por otros Prelados inferiores en punto de disciplina ; y sus respuestas las llamaron Epistolas, ò Cartas Decretales. De estas la mas antigua, à lo menos que hoy se conserve, es de Syricio Papa, dirigida à Hymerio, Obispo de Tarragona, año de trecientos ochenta y cinco.

Es verosimil huviesse al princio de la Iglesia algun Prontuario de Canones, ò Reglas, para su mejor, y mas facil observancia en el Gobierno Ecclesiastico, como se vè por los Canones intitulados de los Apostoles, que aunque yà no se reputen Apostolicos, no se les debe negar una antigüedad muy grande. De otros antiguos libros de Canones hace mencion el Papa Nicolao, escribiendo à los Obispos de Francia (1), y Leon IV. à los de Inglaterra (2).

Canones de los Apostoles,

Pero entre los particulares Colectores, el mas antiguo, y el que trabajò con mas amplitud fuè Isidoro Mercator, que se cree haver sido Español, y su Coleccion se extiende hasta el Concilio II. Hispalense, ò de Sevilla, que se celebrò año de seiscientos y diez y nueve. Esta Coleccion fuè muy famosa en los siglos siguientes, y à la sombra de la ignorancia, y falta de critica de aquellos tiempos pasaron por infalibles muchas Decretales, que hoy se creen supuestas. En esta Coleccion no guardò Isidoro otro metodo, que el orden de

Primer Coleccion de Canones.

Mercator:

C 3

los

(1) Cap. Si Romanorum, distinct. 19.

(2) Cap. de Libellis, distinct. 20.

los tiempos, y Provincias. Algunos quisieron atribuir esta Obra à San Isidoro, Arzobispo de Sevilla, pero sin probabilidad alguna.

Otras Colecciones.

Buchardo.

S. Ibo.

En el siglo XI. en tiempo de Otton III. Emperador, Buchardo, Obispo Wormacense, hizo una nueva Coleccion de Canones, en que, apartandose del metodo de Mercator, siguiò el de las materias, que habian dado causa à su establecimiento. El mismo orden siguiò, no mucho despues, S. Ibo, Obispo Carnotense, haciendo otra Coleccion mas completa, que las precedentes, y en que insertò varias Leyes de las Pandectas, yCodigo, segun juzgò convenir al fin que se propuso, intitulandolo todo *Pannomia*, nombre Griego, que indica Coleccion de todas Leyes: sì bien que algunos se persuaden, que la Pannomia no fuè Obra de San Ibo, sino un Compendio, que posteriormente se sacò de sus escritos.

Pannomia.

Decreto de Graciano.

De todas estas Colecciones se aprovechò Graciano, Monge Benedictino en el Monasterio de San Proculo de Bolonia, en la que diò à luz por los años de mil ciento cinquenta y uno en tiempo del Papa Eugenio III. Su principal estudio, y aplicacion fuè concordar los Canones, que entre sì parecian dissonantes; à cuyo fin eligiò cierto metodo de distinciones, causas, y quæstiones, refiriendo los Canones, que podian inclinar à una, ò à otra parte, y añadiendo de su propria doctrina el modo de reducirlos à concordia. Por esto intitulò esta Obra: *Concordia discordantium Canonum*: Concordia de los Canones discordantes; aunque

pre-

prevaleció la costumbre de llamarse simplemente Decreto de Graciano : numero singular por plural , pues mas propriamente debia llamarse Decretos , ò Coleccion de Decretos de Graciano. Esta Obra fuè de una autoridad , tanto mas grande , quanto en mucho tiempo , ni en las Escuelas , ni en los Tribunales , se conoció otro Derecho Canonico ; siendo los Canones de Graciano los que reglaban todos los negocios Ecclesiasticos. En esta Coleccion recogió este Autor todos los defectos , y vicios de las precedentes , y la autoridad de Isidoro Mercator se confirmó bajo otra pluma mas difusa , y metodica. Esta Obra fuè corregida de mandato de los Sumos Pontífices Pio IV. San Pio V. y ultimamente Gregorio XIII. y de las correcciones , que en ella se hicieron , se dà razon en su Prefacion.

Sin embargo se duda aún hoy del grado de autoridad que merezca (1), y se resuelve comunmente , que el grado de autoridad se debe tomar del origen de donde estos Canones se extrajeron ; puesto que Graciano , para establecer , ò rechazar algun dogma , se valió de autoridades de diversa graduacion ; es à saber , de la Sagrada Escritura , de los Concilios , de los dichos de los Santos Padres , de los dichos de hombres grandes , de las Pandectas , y Código , fragmentos de Historia , &c. entre quienes hay la diversidad que se concibe , para diferenciar los grados de autoridad , que se

(1) Card. de Luca *de Legatis, discurs. 25. num. 6.*

merecen ; segun lo que parece indispensable el recurso à los originales , sin cuyo recurso apenas podrá formarse certeza , tanto en la verdad , como en la autoridad de los trasuntos (1).

Maestro de las
Sentencias.

Parece que Graciano , y Pedro Lombardo , Arzobispo de Paris , conocido por su famosa Obra , que le diò el renombre de Maestro de Sentencias , trabajaron de un mismo acuerdo , y quasi en un mismo metodo , y tiempo : este por la Theologia , reduciendo à concordia passages extrahidos de la Sagrada Escritura , y de las Obras de los Santos Padres : y aquel por la Jurisprudencia Ecclesiastica , erigiendo el uno , y el otro los fundamentos de la Escolastica , que tanto , acafo en mucha parte , inutilmente fatiga à varios ingenios. Pero à estos grandes hombres no debe imputarseles qualquier abuso que se haga sobre sus Obras.

Pedro Comestor.

Al mismo tiempo Pedro Comestor , ò Comedor , hermano de los dos (y todos tres de filiacion ilegítima , segun vulgarmente se cree , aunque no falta quien les vindique de esta nota , como calumniosa (2)) compuso la famosa Historia Escolastica , que se mirò algunos siglos como el cuerpo de la Theologia Positiva. Contiene los sucesos desde el principio del Génesis hasta el fin de los Actos de los Apostoles , mezcladas varias glossas , è incidentes de la His-

(1) D. Gonzalez Tellez in *Apparatu de Origine , & progressu Juris Canonici* , n. 50.

(2) Apud D. Gonzalez Tellez in cap. I. de *Filiis Presbyter. Ordin. vel non* , n. 4.

Historia Profana. Con que se puede decir, que las tres mas esenciales Facultades, y ocupaciones de los Ecclesiasticos; es à saber: Theologia Escolastica, y Positiva, y Jurisprudencia Canonica, recibieron en la pluma de estos tres hermanos el orden con que se facilitò su adquisicion.

Todas las Constituciones, ò Canones, que no estaban en la Coleccion de Graciano, se llamaron Extravagantes, como fuera del cuerpo del Derecho Canonico; pero haviendose estas multiplicado con el tiempo, fuè necesario hacer otro segundo cuerpo, ò tomo de Canones.

Cuidadoso el Pontifice Gregorio IX. de dár Decretales de Gregorio IX. à luz esta nueva Coleccion, la encomendò à San Raymundo de Peñafort, natural de Barcelona, Religioso del Orden de Santo Domingo, su Confessor, y Capellan Penitenciario, Canonigo antes, y Preposito de la Santa Iglesia de Barcelona, muy versado en los dos Derechos, Civil, y Canonico, en que fuè creado Doctor por la Universidad de Bolonia, entonces muy célebre. Trabajò San Raymundo este segundo cuerpo de Canones, no segun el metodo de Graciano, sino siguiendo el rumbo de las Pandectas Civiles, yCodigo, dividiendolo en cinco libros, y cada libro en diversos titulos, poniendo bajo cada uno los Canones, y Decretales, que parecieron convenir, quitandoles lo que pareció superfluo: si bien, que algunos Interpretes se quejan de haverlo hecho alguna vez tambien de lo util: y.

fin

sin duda hay Decretales , cuyo verdadero sentido no se percibe , sin el suplemento de su entera lectura. Esta Obra se publicò en el año de mil doscientos y treinta con el titulo de Decretales de Gregorio IX.

Sexto de Decretales.

Y como la necesidad de proveer à nuevos casos , y remediar desordenes , haga multiplicar las Leyes , Bonifacio VIII. que subió al Pontificado año de mil doscientos noventa y quatro , juzgò preciso hacer otra Coleccion de Constituciones nuevas ; y valiendose de otros habiles Canonistas , publicò en el año de mil doscientos noventa y ocho su nueva Coleccion , guardando el mismo metodo que se observò en la de Gregorio IX. Pareceria mas comodo el que las nuevas Constituciones se insertassen en la Coleccion Gregoriana en los libros , y titulos adonde correspondian ; pero se tuvo por mas conveniente formar una nueva Coleccion , dandole el nombre de libro sexto , no para denotar adicion de un libro à los cinco de las Decretales , quando no es sino una repeticion de los cinco libros con adicion de nuevas Constituciones ; sino por la perfeccion del numero senario , y para que no fuesse necessario destruir los libros de las antiguas Decretales , y hacer otros nuevos : razones , que dà el mismo Pontifice en el Escrito que dirigió à la Universidad de Bolonia , que se halla por Prefacion de esta Obra.

Clementinas.

En el año de mil trescientos y cinco fuè electo Pontifice Clemente V. quien de sus propias Constituciones , y Decretos del Concilio de

de Viena , celebrado año de mil trescientos y once , formò otra nueva Coleccion , à la que intentò poner el nombre de Septimo de Decretales. En esta Obra se guarda el mismo orden , que en las Gregorianas , y Sexto. Y aunque el año de mil trescientos y catorce se publicó en el Consistorio del Papa , quedò con su muerte como suspenfa la publicacion ; y Juan XXII. que le sucediò en el Trono , la publicó nuevamente , no con el nombre de Septimo , sino con el de Clementinas.

El mismo Juan XXII. publicó varias Constituciones ; y las veinte de ellas , acomodadas con el orden de las Decretales , tomaron el nombre de Extravagantes de Juan XXII. Otras del mismo Papa , y de otros Pontífices , publicadas despues del Sexto , tambien se pusieron con el mismo orden con el nombre de Extravagantes comunes , por no ser propias , como las primeras , de un solo Pontífice. El nombre de Extravagantes se les diò en la consideracion de ser pocas para constituir un cuerpo de Derecho.

Extravagantes
de Juan XXII.
y comunes.

El Concilio de Trento , que principiò el año de mil quinientos quarenta y cinco , y diversas veces interrumpido , y continuado , tuvo fin en el año de mil quinientos sesenta y tres , constituye un pequeño cuerpo de Derecho en quanto al volumen , pero grande en sus disposiciones : en el se renuevan varios Canones antiguos , cuya observancia havia decaído : se corrigen algunos , que necesitaban reformation ; y se añaden varios Decretos para remediar

Concilio de
Trento.

diar introducidos abusos en la disciplina Eclesiastica. El Sumo Pontifice Pio IV. en la Bula que promulgò en el año de mil quinientos sesenta y tres para su confirmacion, publicacion, y observancia, prudentemente rezelandose llegasse la multitud de interpretaciones à corromper el sentido del Concilio, como havia sucedido al Derecho antiguo, severamente prohibe se hagan à sus Decretos comentarios, glossas, scholios, anotaciones, y todo otro genero de interpretaciones.

Septimo de
Decretales.

Es indispensable à la condicion humana el que las Leyes se multipliquen con los tiempos, no pudiendo prevenirse los casos, que sola la experiencia demuestra, vestidos de las circunstancias de bueno, y de malo, util, y pernicioso. Y así no es de admirar, que despues de tantos cuerpos de Derecho Canonico, de que hemos hablado, se haya hallado conveniente formar nuevas Colecciones. A este trabajo se aplicò Pedro Matheu, Jurisconsulto Lugdonense, haciendo una Coleccion de Constituciones nuevas, publicadas hasta su tiempo, con el metodo de la Gregoriana, sin comprehender los Decretos del Concilio de Trento, y con el nombre de Septimo de Decretales. Esta Coleccion no tiene mas autoridad, que el trabajo de un Doctor particular, y solo en razon de ser Obra util, se añadió à las precedentes Colecciones.

Todo este cuerpo de Canones se compone de piezas, que solo miran à casos particulares, sin que haya systéma formado de Jurisprudencia

cia Canonica, hecho todo (excepto el Concilio de Trento) à imitacion de las Colecciones de Derecho Civil.

Y para que no faltasse cosa alguna à esta imitacion, Juan Paulo Lanceloto, Jurisconsulto Perusino, à emulacion de las célebres Instituciones de Justiniano, formò en otros quatro libros las Instituciones Canonicas. Y aunque parece se lisonjeò el Autor, que su Obra saldria à luz con autoridad Pontificia, solo se imprimiò con la de un Doctor particular; pero con el honor, que le han dado los Libreros, de encuadernarla con las Decretales, y mas Obras, de que acabamos de hablar, que todo junto compone el segundo tomo de Derecho Canonico, contando por el primero la Coleccion de Graciano.

Instituta Canonica.

De otra Coleccion se habla (1), en que trabajaron insignes Cardenales, que principiò en tiempo de Gregorio XIII. y finalizò en tiempo de Clemente VIII. En esta compilacion, con el mismo metodo de las Decretales, se insertaron los Decretos del Concilio de Trento, y Constituciones Pontificias de cerca de trescientos años: y quando los Estudiosos esperaban gozar el fruto de un tan largo, y continuado trabajo, digno de la aplicacion de tantos Eminentísimos, quedaron frustradas sus esperanzas con un nuevo Acuerdo, por el que se ocultò al público una Obra, que yà se havia

Coleccion de Canones novísimos; pero no publicada.

via

(1) Fagnano in cap. Cum | 71. Reiffenstuel in Proæmio venissent, de Judiciis, num. | Decretal. §. 4. num. 62.

via impresso con el nombre de Septimo de Decretales de Clemente VIII. Algunos discurren haver sido motivada esta nueva providencia de la insercion de los Decretos del Concilio de Trento, con lo que se daba lugar à glosas, y comentarios, como es costumbre hacerse à las otras partes de Derecho. Parece que otro motivo mas poderoso causaria la supresion de esta Obra; pues aquel inconveniente podria evitarse extendiendo la prohibicion de Pio IV. à este nuevo cuerpo de Derecho. Ademàs, que à la observancia de aquella Bula se falta sin escrupulo.

Otras varias
Colecciones
Canonicas.

No hablarè de muchas, y muy doctas Colecciones, no solo de Concilios generales, y particulares, sino tambien de otras varias Decretales de los Pontífices, que al tiempo de la Coleccion Gregoriana, ò quedaron olvidadas, ò con advertencia omitidas. Todo este muy erudito, y laudable estudio embuelve muchas dificultades en quanto al grado de autoridad, que en el Fuero práctico le deba ser aplicable (1).

Constituciones nuevas, ò
Bulas de los
Sumos Pontífices.

Pero es justo hablemos de las Constituciones Pontificias, posteriores à las enunciadas Colecciones de Canones, cuya autoridad, como inductiva de nuevo Derecho, ò en confirmacion, ampliacion, limitacion, ò correccion del antiguo, es mas conocida. Su numero es tanto mas inexplicable, quanto siempre va en aumento. No haviendo de estas Constituciones ordenada Coleccion, se hace preciso buscar-

car-

(1) Card. de Luc. *Conflict.* | *Leg. observ.* 23.

carlas en Bularios, ò crecidos tomos de Bulas.

Despues de trabajosamente buscadas, aùn restan insuperables dificultades: sobre su autenticidad, juzgando algunos DD. por circunstancia precisa, para que obliguen como Constituciones Canonicas, el que se demuestren con las subscripciones, y sello pendiente (1): sobre su publicacion en forma solemne, y si esta, y otros requisitos (necessarios en las Leyes seculares para que obliguen) son asì precisos en las Ecclesiasticas: lo mismo sobre su aceptacion, y observancia: en todo lo que con dificultad convienen nuestros DD. haciendo un laberinto tenebroso, de donde apenas se puede salir (2).

Entre las Constituciones nuevas podemos contar las innumerables Declaraciones de la Sagrada Congregacion de Cardenales, Interpretes del Concilio de Trento. Los Decretos de este Concilio fueron extendidos con una pureza de latinidad, y con una elegancia digna de una pluma escogida entre los mas peritos profesores de las humanas letras. La demasiada atencion à los preceptos de la gramatica, quanto gana en la pureza de la locucion, tanto suele perder en significar el verdadero sentido. Parece huviera sido mas ventajoso encomendar la extension de los Decretos, que derivando de los antiguos Canones,

con-

Declaraciones
de la S. Congregacion.

(1) Reiffenstuel *in Proæmio* |
Decretal. num. 61.

(2) Vid. Card. de Luc. de
Judiciis, disc. 35. à n. 57.

conciernen al Fuero exterior, y reformation de costumbres, à uno de los Sabios en la ciencia legal, de losque asistieron al Concilio, de quien no pudiendo dudarse haver penetrado la intencion de los PP. extenderia dichos Decretos en un estilo acomodado al uso, y práctica del Fuero, y menos sujeto à las ambigüedades, que despues se encontraron. A lo menos, este es el pensamiento del Cardenal de Luca (1). El S. P. Pio IV. despues de algunos meses de confirmado el Concilio, erigió una Congregacion de algunos Cardenales con el encargo, no de interpretar sus Decretos, sino de velar sobre su execucion, y cumplimiento. No obstante, no pudo escusarse esta S. Congregacion de hacer sus interpretaciones, que debieron recibirse sin riesgo de ser las mas genuinas de la mente del Concilio, cuyos Interpretes eran entonces los mismos, que havian asistido à sus decisiones.

El S. Pontifice Sixto V. año de mil quinientos ochenta y siete, cuidadoso de un pronto expediente en los negocios de la Curia Romana, erigió varias Congregaciones, y entre ellas tambien confirmó la del Concilio de Trento, con facultades sobre su interpretacion en lo concerniente à los Decretos pertenecientes à reformation, y otras cosas indiferentes, reservando para si, y sus successores la declaracion de aquellos Decretos, que incluyen dogmas de Fe.

Conf-

(1) Card. de Luc. *in annot.* | *ad Concil. Trident. disc.* I.

Constituida con esta autoridad la S. Congregacion, todas las dudas que sobrevenian en la observancia de los Decretos del Concilio de Trento, se proponian, y resolvian en ella: y sus respuestas se veneraban, y se veneran con toda la atencion, que corresponde à quien las autoriza. Debiendo estas respuestas crecer tanto como las dudas, que de todo el Orbe Christiano se conducian à aquel Tribunal, no se necesita mucho tiempo para poder hacer un gran volumen de Declaraciones de la S. Congregacion. Y como estas sean breves, compendiosas, y adaptadas à las circunstancias en que se pidieron, abstrahidas de su caso, embuelven frequentemente una obscuridad, que hace dificultosa su inteligencia. Se aplicaron algunos DD. à hacer Colecciones de estas respuestas, lo que entre el alivio, que subsidiaba à los Jueces de poder saber tan à poca costa la mente de la S. C. causaba no poco embarazo, no solo en la aplicacion, sino tambien en la dissonancia, que se percibia entre las Declaraciones mismas; y añadia no poca dificultad el que muchas de estas Declaraciones eran apocrifas, y fuera de la intencion de la S. C.

Incertidumbre de las Declaraciones de la S. Congregacion.

Este desorden tuvo su remedio en el año de mil seiscientos treinta y uno, en que la S. C. con especial mandato de Urbano VIII. declaró no tuviessen autoridad en Juicio, ni fuera de él, qualesquier Declaraciones manuscritas, ò impresas con nombre de la S. C. sino aquellas que se produjessen en forma autentica con el sello, y subscripcion del Eminentísimo Car-

denal Prefecto, y Secretario de la misma Congregacion. Y aunque esta providencia impone necesidad à los litigantes, que alegan semejantes Declaraciones, de acudir à Roma para traherlas en forma autentica, es mas tolerable, que disputar eternamente sobre su autenticidad, concordia, è inteligencia. Ojalà se guardasse esta providencia à la letra! de este modo poco havia que cuidar de Colecciones de este genero; pero como parece temerario arguir à los Colectores de falsedad en las que tuvieron el trabajo de recoger, se hace comunmente tanto caso de ellas, como si estuviessen en forma autentica, con lo que se dà mucho lugar al arbitrio de los Jueces, fallando *unos pro, otros contra*, eternizando pleytos, è instancias: no creyendose unos culpables en observar literalmente el Decreto del año de mil seiscentos treinta y uno; y haciendo otros escrupulo à su conciencia en desechar como apocrifas unas Declaraciones, que los DD. han procurado imprimir con sus Obras, cuyo escrupulo comunmente los mismos DD. protegen (1).

Añadamos à esto, que la prohibicion hecha à los DD. particulares de hacer glossas à los Decretos del Concilio de Trento, no se extiende à la interpretacion de la S. C. de Cardenales; con lo que la pluma, que no puede exercerse sobre el texto, lo hace, acaño con ma-

(1) Ut Reiffenstuel, & alii | *tal. num. 128.*
apud eum in Proœmio Decre-

mayor daño, sobre la interpretacion, que en razon de obligar tiene poco menos eficacia, que el texto mismo, y entera fuerza de ley: (1) nada menos, que la tenian las respuestas de los Jurisconsultos antiguos autorizados para responder sobre el Derecho Romano.

Las Reglas de la Cancelaria Apostolica, que todos los Pontifices renuevan en el ingreso de su Pontificado, constituyen otro pequeño cuerpo de Derecho: y aunque sobre su obligacion disputan variamente los DD. afirmando unos, y negando otros constituir Derecho universal: distinguiendo algunos entre Fuero exterior, y el de la conciencia; y haciendo distincion otros entre las reglas dadas à la misma Cancelaria, y entre las reglas generales (2); vemos, que en práctica se alegan, y observan dichas reglas con no menos peso de autoridad, que lo restante del Derecho Canonico.

Reglas de
la Cancelaria
Apostolica.

DISCURSO IV.

COMPENDIO HISTORICO

del Derecho Español.

Como para la inteligencia del Derecho Español es necesario el conocimiento del Derecho Romano, y Canonico, tambien fue preciso precediese su Historia. Nuestro Dere-

D 2

cho

(1) Barbosa de Jure Ecclesiast. lib. 1. cap. 4. num. 81. Apparatu de Origine, & progressu Juris Canon. num. 57.

(2) D. Gonzalez Tellez in

cho nacional, que es el principal asunto de esta Obra, pide una Historia mas particular, que vamos à referir, corriendo sucintamente las epocas de sus mayores rebolesiones, en que seguirè el orden de la mas exacta chronologia.

Poblacion de
España.

Olvidando fabulas, è inverosimilitudes de la poblacion de nuestra Peninsula, se hace conforme à la razon, que la España (cuyo nombre indica Region Occidental) se huviesse poblado del mismo modo que los otros Cantones del mundo. Divididos los hombres en las llanuras de Sennar despues de la fabrica de la Torre de Babel (1), cada familia fuè ocupando los parages que le parecieron mas comodoss para su establecimiento, y en donde la naturaleza se mostraba mas franca en tributar las delicias de la vida. La multiplicacion de familias pedia poblacion de nuevas tierras, no pudiendo un mismo terreno ser suficiente à todas.

Poblado el mundo de habitantes, no se contentaron los hombres con qualquier habitacion, sino que aspirando à mayores comodidades, disputaban las Naciones entre si la possession de los territorios mas fecundos, y deliciosos, despojandose mutuamente unas à otras de los que una vez havian ocupado. Desamparando las menos poderosas el terreno, por no poder resistir à fuerza mayor, se echaban sobre otras mas endebles; y asì corria el mundo con reciprocas guerras de Nacion à Na-

(1) Genesis cap. 11.

Nacion, en que aquellas, que se havian criado bajo un mas duro clima, y con mayor austeridad, eran frequentemente las que adquirian mas victorias, por su mayor robustéz, y costumbre al trabajo, que suele siempre andar junto con los vencimientos. La comodidad de vivir mas à gusto no era siempre la que encendia el fuego de la guerra, teniendo en ella mucha parte el ardiente deseo en los hombres de la dominacion, y del heroysmo, para suplir la condicion mortal de nuestra naturaleza; no conociendose entonces otro emplèo de memoria inmortal, que el de Conquistador.

Es natural, que antes de la poblacion de España yà estuviessen pobladas las tierras circunvecinas, que llenas de habitantes se iban desahogando en esta Region: por lo que podemos sin temeridad afirmar, que por un lado de la Galia (que hoy llamamos Francia), y por otra parte del Africa, vinieron sus habitantes con nombre de Celtas, ò Ligurianos, Turdulos, &c.

En un País bastante ameno, y por su situacion (que se creia la mas remota del mundo), è ignorancia de la navegacion, poco expuesto à las incursiones de otras Naciones, es consiguiente se viviesse con suma sencillèz, y con unas leyes muy conformes à los dictámenes de la razon, floreciendo la abundancia, reposo, tranquilidad, y justicia: por esso acaso fuè la España en opinion de los antiguos Gentiles la habitacion de las Manes, ò almas fe-

Sencillèz, y
reposito de los
antiguos Espa-
ñoles.

lices , ò Campos Eliseos.

turbacion de
la España por
sus muchas ri-
quezas.

La fama de las riquezas de España turbò todo su reposo , y causò sus mayores desgracias : sus thesoros eran tan grandes , que apenas se puede decir haya , ò huviesse en la America parage mas abundante en minas de oro , y plata. Y siendo extraño à esta Obra hacer una descripcion mas particular , baste referir lo que assegura Aristoteles, que en el primer viaje que hicieron los Phenicios à Tartesa , en trueque de aceyte , y otras mercaderias de poco precio , que condujeron à la España , se llevaron tanta cantidad de oro , y plata , que no pudiendo suportarlo sus Navios , fundieron de este metal las anclas , y mas utensilios para servicio ; y comunmente se creia , que la España solo tenia de tierra la superficie , y el interior de aquellos metales.

Colonias de
Phenicios en
España.

Los Phenicios , grandes navegadores , y Comerciantes , fueron los primeros que descubrieron sus riquezas , quienes formaron en ella Establecimientos para su comercio. Los Cartagineses , Colonia de Phenicios , tuvieron mas comodidad para formar mayores poblaciones , por su mayor proximidad , promediando solo el Mediterraneo : y aun en este tiempo era tanta la abundancia de oro , y plata , y tanta la sencillez de los Españoles , que sus mas comunes muebles eran de este metal. En las guerras , que se encendieron entre Roma , y Cartago , fuè la España su mayor Teatro , de cuya possession pendia el vencimiento entre las dos mas formidables Repùblicas del mundo.

do. Venció el ultimo Roma : Cartago quedó assolada ; y la España , no pudiendo sacudir el yugo Romano , y poco à poco , aunque costosamente vencida , fuè enteramente incorporada al Romano Imperio en tiempo de Octaviano Augusto : y dando el vencedor la ley al vencido , claro es , que la España debió observar las Leyes de los Romanos , sus Conquistadores ; à cuya mayor grandeza , y ostentacion , no solo concurrió con sus ricas Provincias , valor , esfuerzo , y genios sublimes de sus habitantes , sino tambien con tres esclarecidos Principes Trajano , Adriano , y Theodosio , que no menos en la legislacion , que en las prendas de Emperadores grandes , dieron mucho honor al Imperio.

España Provincia Romana.

Como no hay en esta vida cosa estable , el Imperio Romano , despues de haver tocado el punto de su mayor grandeza , principiò declinar à su ruina. Poco mas de quatrocientos años despues del Nacimiento de Jesu-Christo , diferentes Naciones del Norte , yà antes formidables à los Romanos , se descolgaron por diversos parages de este Imperio , llevandolo todo barbaramente à sangre , y fuego , buscando Establecimientos de mas benigno clima , que el propio que desamparaban.

Destruccion del Imperio Romano.

Los Vandalos, Alanos, y Suevos, parte de estas barbaras Naciones, haviendo ocupado porcion de la Galia, hoy Francia , no tuvieron mucho tiempo para su reposo , porque haviendo sobrevenido otra Nacion igualmente barbara , pero aun mas feroz , y poderosa , de Gothos (o

Naciones Barbaras en España.

mas propriamente Vifo-Gothos, ò Gothos Occidentales, à diferencia de los mas Orientales, que se llamaron Ostro-Gothos), temerosos los primeros, desampararon la Galia, y se vinieron à ocupar la España: los Alanos se establecieron en Cataluña: los Vandalos en la Betica, à quien dieron el nombre de Vandulugia, que aun hoy permanece, con poca diferencia, quitada la primer letra, Andalucia: los Suevos en Galicia.

Dominacion
de los Godos.

La Nacion Gothica, capitaneada de Athaulpho, pariente, y suceso del famoso Alarico, Conquistador de Roma, despues de haver vencido los Francos, y Borgoñones, se estableció en la Francia, de la que ocupaba algunas Provincias. Puso su Capital en Narbona; y extendiendo su dominacion del lado de España, consiguieron sus valerosos Reyes, sucesores del illustre Athaulpho, hacerse dueños, no solo de lo que en ella havia quedado à los Romanos, sino tambien desechar los Alanos, Vandalos, y Suevos, fundando en España la gloriosa Monarquía, que hoy, despues de tantas revoluciones, subsiste, habiendo principiado en la Era de quatrocientos cinquenta y dos, ò en el año de quatrocientos y catorce de la Era vulgar, y tenido ochenta y seis Reyes (1).

En

(1) Sobre el nombre de Era, y su principio, aunque hay variedad entre los DD. queriendo unos principie desde la muerte de Julio Cesar: otros del Triunvirato de Augusto,

Antonio, y Lepido: otros de la victoria de Ancio, en que Marco Antonio fuè vencido; todos convienen en que precede la Era vulgar, de que hoy usamos, treinta y ocho

En tiempo de tantas turbaciones claro es, que imitando los Pueblos la conducta de sus Soberanos, no reconocian otra ley, que el poder, y fuerza con que cada uno se encontraba; y los que por la bondad de su caracter se querian ceñir à lo justo, reglaban su justicia con los dictámenes de la razon, y buen sentido.

Despues que el Trono de los Godos se aseguró en un pie mas firme, y que connaturalizados los Españoles con esta estrangera Nacion, se principiò à ver la tranquilidad pública, se considerò preciso para conservar la paz in-

Leyes de España en estas revoluciones.

ocho años. Los Españoles antiguamente contaban sus años desde la Era del Cesar; este modo de contar se observò hasta el tiempo del Rey Don Juan I. quien en el año de mil trescientos ochenta y tres mandò se computassen los años desde el Nacimiento de nuestro Señor Jesu-Christo, lo que se observò desde entonces. Y aunque se acostumbro comenzar el año desde veinte y cinco de Diciembre, dia en que celebra la Iglesia el Nacimiento, facilmente se dejó este computo, conformandose con el año Juliano, que principia en primero de Enero. Y así, quando en las cosas antiguas de España halla-

mos la computacion de los años por Eras, si queremos reducirlos à los de Jesu-Christo, no hay mas que quitar treinta y ocho años, y queda la Era vulgar. Por lo que el año de mil setecientos y sesenta del Nacimiento del Señor, segun la corriente computacion, en que esto se escribe, es el año de mil setecientos noventa y ocho de la Era antigua de España. Esta noticia, aunque comun, es necessaria para la inteligencia Chronologica de las Leyes, Concilios, è Historia de España; y para evitar confusion usaré comunmente de la Era vulgar.

interior de los Estados el establecimiento de Leyes. Estas se arreglaron à la razon, y costumbres antiguos del Pais.

Euricio primer Legisla-
dor entre los
Reyes Godos.

La Historia (1) dà la gloria de primer Legislador entre los Godos à Eurico, que reynò cerca de los años del Señor de quatrocientos sesenta y seis, y se cuenta por el septimo Rey Godo, equivocandose Baronio en poner por primer Legislador à Theodorico antecessor de Eurico, y no equivocandose menos otros en atribuir la misma gloria à Alarico, hijo, y sucesor de Evarico; si bien es cierto, que Alarico añadió varias Leyes à las promulgadas por su padre (1).

Leovigildo.

Leovigildo, que reynò cerca de los años de quinientos sesenta y ocho, no solo diò el mayor lustre à su Monarquia, destruyendo enteramente la dominacion de los Suevos en Galicia, que havia durado ciento setenta y cinco años con larga série de Reyes, principian-
do en Hermenerico, año de quatrocientos y nueve, y acabando en el usurpador Andeca, año de quinientos ochenta y tres, y echando à los Romanos de las conquistas, que havian podido impedir Agila, y Atanagildo sus antecessores, ocupados en vivas guerras con Clodoveo, Rey de Francia; sino tambien por el cuidado en la legislacion, corrigiendo con mucha vigilancia las Leyes antiguas, quitando

(1) Rodericus Ximenez, Archiep. Tolet. *de Rebus gestis in Hispan. lib. 2. cap. 10.* Saa-

vedra, *Chronolog. Goth. c. 8.*

(1) Saavedra, *dict. cap. 8. Chronol. Gothic.*

do algunas superfluas , y promulgando de nuevas las que le parecieron necesarias. Digno Rey por sus empleos civiles , y militares de ser entre los Godos el primero que usò de Trono, y vestidura Real. La infeccion Arriana , que fuè comun en sus antecesores, le hizo cometer muchas crueldades , de que le nota la Historia. Pero felizmente la Secta Arriana acabò en España con su muerte , que fuè en Toledo , año de quinientos ochenta y cinco : yá extinguida en Galicia desde el tiempo de Theodomiro , Rey Suevo , que reynò desde el año de quinientos cinquenta y nueve.

Secta Arriana
en España , y
su fin.

Algunos asientan haver Leovigildo muerto penitente en la confesion de la Fè Catholica. A lo menos el haver encomendado à su hijo, y sucessor Recaredo siguiessè en todo los consejos de San Leandro , y San Fulgencio, demostrò buenas disposiciones. La doctrina , y oraciones de tan Santos Maestros produjeron en Recaredo la solemne abjuracion del Arrianismo , y profesion de la Fè Catholica , y decisiones de los quatro Concilios Niceno, Constantinopolitano , Ephesino I. y Calcedonense, que hizo en el Concilio III. de Toledo , celebrado en el año de quinientos ochenta y nueve : profesion , de que despues no se apartaron sus sucessores , y siguieron constantemente los Españoles.

Recaredo

El Codicego de Leovigildo se observò como cuerpo del Derecho Español ; à que se añadian las Leyes nuevas , que segun las circunstancias de los tiempos se promulgaban. El Rey-

no

Sisebuto.

no de Sisebuto en los años de seiscientos y doce se hace notable por una Ley (1), que promulgò este Principe, por la que ordenò, con pena, entre otras, de destierro, y confiscacion de bienes, que todos los Judios, que habitaban en España, se bautizassen. Con el terror de esta Ley corriò mucho numero de Judios à las aguas del Bautismo: y habiendose reconocido la poca sinceridad de esta conversion, en el Concilio Toletano IV. celebrado en tiempo de Sisenando, año de seiscientos treinta y tres, se abrogò, estableciendo, que en lo venidero à ninguno se hicièsse fuerza à recibir la Santa Fè (2).

La Historia afirma haver sido esta Ley hecha à sollicitacion del Emperador Heracio, grande Astrologo, y demasiado credulo en vaticinios astrologicos, por los que llegò à conjeturar, que el Imperio Romano sería destruido por gentes circuncisas; y con este temor solicitaba à los Reyes, y lo hizo tambien con Dagoberto, Rey de Francia (3), à la expulsion de los Judios de sus dominios, de quienes presumia eran los circuncisos de aquel funesto presagio. Al ultimo se cumplió, no por los Judios, que no se hallaban, ni hallaràn yà en estado de conquistar Imperios, sino por los Sarracenos, gente que observa la circuncision.

Creo

(1) Leg. 3. tit. 3. lib. 12. | jores, §. Verum, de Baptismo, & Legum Visogoth. | ejus effectu.

(2) Refertur in cap. de Judais, dist. 45. & in cap. Ma-

(3) Baronius anno 614.

Creo con San Isidoro, que no los sueños de Heracio, sino el zelo christiano, aunque indiscreto de Sisebuto, fuè el que le moviò à la promulgacion de aquella Ley (1).

Las Leyes añadidas por los suceßores de Leovigildo yà pedian una Coleccion mas metodica: esta se hizo dividida en doce Libros con sus titulos, à imitacion delCodigo de Justiniano. Esta Coleccion se hizo en tiempo del Rey Sisenando en el IV. Concilio Toletano en la Era de seiscientos treinta y tres, y se le diò el nombre de *Forus Judicium*, que traducido en idioma vulgar, se llamò, y aun se llama, *Fuero Juzgo*, que suena lo mismo, aunque corrupta su voz.

Fuero Juzgo.

Este Concilio IV. Toletano fuè muy celebre: en el presidiò San Isidoro, Arzobispo de Sevilla, y afsistieron sesenta y dos Obispos, y el Rey Sisenando con muchos Señores de su Corte. En el se tratò tambien, y se proveyò en quanto à la seguridad de la Persona Real en el Trono de los Godos, que fuè el assunto del Canon setenta y cinco, y ultimo de dicho Concilio, encargando severamente la religion del juramento de fidelidad hecho al Principe. A este Concilio se le diò el nombre de Grande, y Universal: y en los siguientes Concilios siempre fuè punto capital la suceßion de la Monarquia Española, para assegurarla en la

Concilio IV.
Toletano el
grande, ò unie
versal.

no-

(1) *Sisebutus in initio regni sui Judæos ad Fidem Christianam movens, emulationem qui-* dem Dei habuit, sed non secundum scientiam. B. Isidorus, Chronolog. Goth. Era 651.

noble fangre de los Godos.

Varias Colecciones de Leyes Gothicas.

Las repetidas Colecciones de Leyes, que en este mismo siglo se hicieron, denotan bien el desorden público, que daba tanto que hacer à los Legisladores. Se halla, pues, haverse hecho otra Coleccion en tiempo de Recensvindo, año de seiscientos cinquenta y cinco, en el VIII. Concilio Toletano: otra en tiempo de Ervigio, año de seiscientos ochenta y uno, en el Concilio Toletano XII. y finalmente otra, que se cree haver sido en tiempo de Egica, año de seiscientos noventa y tres, en el Concilio Toletano XVI.

Entrada de los Moros en España.

El fatal accidente que sobrevino à nuestra España el año de setecientos y once (y de que no se hà aún enteramente recuperado), hizo inútiles las Colecciones de Leyes de los Visogodos. El Conde Don Julian, traydor à su Patria, infiel á la Religion, y à su Rey, en venganza de un ultrage hecho por el Rey Don Rodrigo en su hija Caba, entregò la España à los Moros de Africa. Atonitos los Españoles con tan inopinada entrada, despues de haver guerreado con el extremo valor, no tanto vencidos, como oprimidos de la multitud, se refugiaron en las montañas de Galicia, Asturias, Vizcaya, Montes Pyrineos, y otros parages, por su situacion no facilmente penetrables à los Infieles.

No quiso D. Rodrigo sobrevivir à su desgracia, y à tan funesto catastrophe de todo el Reyno, y se cree haver muerto valerosamente peleando, y animando à los suyos; si bien
que

que ni vivo, ni muerto pareció jamás, ni ha quedado en la Historia otra probable noticia, que un epitaphio latino, que se halló muchos años después junto à Viseo en Portugal, que indica su sepultura, y la causa de la perdición de España.

Recuperados algun tanto los Españoles del pavor, y susto, ocasionado de tan repentina conquista, y reducidos à tanta estrechez, no pensaban en otras leyes mas que en la natural de extenderse, y sacudir el tyranico yugo de los Moros.

Don Pelayo, de sangre Real de los Godos, electo Caudillo de los Christianos, aunque temeroso al principio, animado con la gente que cada dia se le unia, y con los buenos successos de sus primeros ensayos con los Moros, saliendo de lo mas fragoso de las Asturias, conquistó à fuerza de armas la Ciudad de Leon: y no dudando del esfuerzo, y fidelidad de los Españoles mayores progressos, tomó en el año de setecientos y diez y ocho el titulo de Rey de Leon, substituyendo este corto recinto à las dilatadas Provincias de sus antecesores, que se estendian, no solo à lo que llamamos España, incluso Portugal, sino tambien allà de los Pyrineos, y aun à parte de la Mauritania en el Africa.

Reynado de
Don Pelayo.

Los successores de Pelayo emplearon todo su esfuerzo en la extension de esta nueva Monarquia, aunque no todos son acreedores à iguales alabanzas.

Sucessores de
Don Pelayo, y
expulsion de
los Moros de
España.

Los varios acontecimientos que refiere la
His-

Historia, han dividido la España en muchos, y pequeños Reynos, lo que hizo retardar su recuperacion; porque divididas las fuerzas, y empleadas en venganzas particulares, debilitandose entre si los miembros, se incapacitaban para invadir, y resistir al enemigo comun: haciendo lugar à una dilatada mansion de los Moros en España, que permaneciò muy cerca de ochocientos años; es à saber, desde el año de setecientos y once, segun la mas exacta Chronologia, hasta el de mil quatrocientos noventa y dos, en que los Catholicos Reyes Don Fernando, y Doña Isabel los desecharon de Granada, su ultimo asylo. El haverse los Moros tambien de su parte dividido en Dinaštias, ò pequeños Principados, contribuyò no poco à su entera expulsion. Como la série de los lances acaecidos en estos ocho siglos, no es nuestro assunto, solo se tocaràn en quanto conduzcan al regido de la Historia legal.

Renovacion
de Leyes por
Don Bermudo
II.

Hassta el tiempo de Don Bermudo II. nombrado el Gotoso, que reynò por los años de novecientos ochenta y dos, no se halla se huviesse hablado de Leyes. Y es muy creible, atentas las circunstancias de aquellos calamitosos siglos, que el mas poderoso impulsiesse la Ley, segun su voluntad, al mas endeble. Fue, pues, Don Bermudo el Gotoso el primer Rey de la nueva Monarquia, que ha-ya pensado mas seriamente en dar Leyes à sus Vassallos, lo que hizo, confirmando las de los Godos, y mandando estrechamente

ob-

observar los Canones de los Concilios To-
letanos.

Estas disposiciones parecia respiraban à in-
troducir en España la policia, que havian des-
terrado las armas de los Moros; pero impen-
damente se viò acometida de otro segundo
accidente, que la redujo quasi al estado en
que la dejó Don Rodrigo. Almanzor, el mas
valeroso Moro de quantos huvo en España,
tomando su tiempo con la desunion de Leo-
neses, Gallegos, Castellanos, y Navarros, cor-
riendo todas las Provincias, que havian reco-
brado los Christianos, assolò su Capital, pro-
fanò sus Iglesias, y saqueò sus Pueblos, con
muerte, y cautividad de infinito numero. Pe-
ro quiso Dios, que, reconociendo los Españo-
les el estado à que los reducian sus domesticas
dissensiones, se uniesen contra el Enemigo
comun, à quien enteramente desbarataron.

Nuevo cathas-
trophe en Es-
paña.

En este estado dejó D. Bermudo el II. el Tro-
no à Don Alonso el V. en cuyo tiempo, aun-
que las dissensiones de Castilla causaron no po-
cas desgracias à los Christianos, se rehicieron
prontamente de sus pérdidas. Reedificò Don
Alonso la Ciudad de Leon, que havia des-
truido Almanzor; y juntando en la Era de
mil quarenta y uno, ò en el año del Señor de
mil y tres el Reyno en Cortes en Oviedo, en-
tre otras cosas conducentes à la seguridad pú-
blica, que alli se trataron, confirmó las Le-
yes de los Godos, corrigiendo algunas, y aña-
diendo otras, segun las circunstancias de los
tiempos lo pedian.

Instauracion
de las Leyes
por Don Alon-
so el V.

Don Fernan-
do el Santo.

En mas de doscientos años siguientes, aunque se promulgaron algunas saludables Leyes, no se encuentra haver hecho Coleccion alguna. El Santo Rey Don Fernando el III. que unió en sus sienes las dos Coronas de Castilla, y Leon, para perpetuarlas en sus sucesores, entre otros cuidados, con que hizo feliz su gobierno, no fué menos el de proveer à sus Pueblos de saludables Leyes: cuidado de tanto mas monta, quanto mas dificultoso conservar en paz, y tranquilidad tan dilatados Dominios, sin este saludable freno. En sus dias se dió principio à la famosa Obra de las siete Partidas (1); pero prevenido con la muerte, que acaeció en el año de mil doscientos cinquenta y dos, dejó con el Reyno este encargo à su hijo, y successor Don Alonso el X (2), y la gloria del mejor Legislador de quantos hubo en España, lo que contribuyó no poco al renombre de Sabio, que le dan los Anales.

Legislacion de
Don Alonso el
Sabio.

Fuero Real.

Gobernabanse los Pueblos por varias costumbres.

(1) D. Molin. de *Hisp. primogen. lib. 3. cap. 7. num. fin.*

(2) En las Leyes de las siete Partidas se llama D. Alonso el IX. porque no se tomó en cuenta à Don Alonso, hijo de Don Sancho el II. por no haver éste reynado en Leon, y Galicia, y solo lo hizo en Castilla. Y así, segun la computacion de los

Reyes de Leon, Don Alonso el Sabio es el IX. aunque la Historia lo pone por X. contando à dicho Don Alonso de Castilla. Vide *Fariam ad D. Covarrubiam Practicarum, cap. 1. num. 78.* advirtiendo, que con equivocacion puso este Autor à Don Alonso por hijo de Don Fernando, debiendo decir de Don Sancho.

tumbres, cuya observancia atendian como privilegios de sus mayores, que anteponian a las Leyes de los Godos. Le pareció a Don Alonso (cuya penetracion no era menos en la legislativa, que en todo otro genero de literatura) conveniente hacer una Coleccion de estas costumbres, que ya nada menos servian a los Pueblos, que como Leyes, para que recibiesen escritas, y con la Real aprobacion mayor grado de autoridad, y certeza, que la que tenian por el comun consentimiento del Pueblo. Esta Coleccion, dividida en quatro Libros, se llamó Fuero Real, cuyas Leyes luego necesitaron interprete. Y para su declaracion se promulgaron despues otras con nombre de Leyes del Estilo, segun consta de su inscripcion, y principio, que dice: *Aqui comienzan las Leyes del Estilo: por otra manera se llaman Declaracion de las Leyes del Fuero* (1). (Y ojalá se huviera siempre observado, que la declaracion de Ley viniese de mano del Soberano, sin exponerla al arbitrio de los hombres!) En qué tiempo, ò en qué reynado se hayan promulgado las Leyes del Estilo, no consta: y parece cierto deber atribuirse a diferentes Principes, y en diversos tiempos (2).

Leyes del Estilo.

Conoció bien el Sabio Don Alonso, que las

E 2

Le-

(1) Obsérvò Paz 2. p. rubric. ad Leges Styli, an. 18. que no todas estas Leyes son precisamente declaratorias, habiendo algunas correctorias,

y otras inductivas de nuevo Derecho.

(2) Paz 1. p. rubric. ad Leges Styli, num. 72.

Leyes de las
Siete Partidas.

Leyes del Fuero no constituian un cuerpo de Derecho suficiente para la entera administracion de justicia; y cumpliendo con el encargo del Santo Rey su padre, hizo poner en perfeccion las Leyes de las siete Partidas (1), en que trabajaron hombres muy literatos, y muy versados en el Derecho Romano, y Canonico, como se reconoce por sus Leyes, que son en todo conformes à aquellos Derechos, en quanto lo pide la razon natural, y el buen sentido. Llamase esta Obra de las Siete Partidas, por estàr dividida en siete partes, y cada parte comprehende varios titulos.

El numero de siete no fuè casual en esta Coleccion, sino muy de proposito buscado, como el mas perfecto, segun se pondera en su Prefacion, en que se señalan razones, y congruencias de todas classes, como la del movimiento, que puede girar à siete partes, arriba, abajo, adelante, atrás, à diestro, à siniestro, y al rededor. Y segun la perfeccion de este numero se exalta, no parece haya sido tam-

po-

(1) Paz à la ley 43. del Estilo; num. 90. sin fundamento alguno se atrevió, no solo asegurar, que las Leyes de las Partidas fueron anteriores à las Leyes del Fuero, sino tambien à culpar de alucinacion al señor Gregorio Lopez, por haver seguido la tradicion comun, que pone por anteriores las Leyes del Fuero. Pero

verosimilmente este Escriitor no tuvo presente el Prologo de las Leyes del Ordenamiento Real, en que claramente se dà la anterioridad de tiempo à las Leyes del Fuero; y nunca debiera, aun con grave motivo, notar de alucinado à un Escriitor tan clasico, y recomendable.

poco casualidad el haverse empleado en esta Obra siete años completos. Yá hemos dicho en la Historia del Derecho Canonico, que Bonifacio VIII. para dár à su Coleccion de Decretales el nombre de Sexto, hallò entre otras congruencias la perfeccion de este numero; con lo que parece, que en aquellos tiempos se atribuía al numero una graduacion, de que hoy tan poco caso se hace. Pero de hecho nuestro Legislador tiene en abono de su numero septenario todos los sufragios, que se puedan desear (1). Por mas perfecta que haya salido esta Obra, no ha dejado de tener sus estorvos, que impidieron su publicacion en forma solemne, y capáz de poder obligar à los subditos à su recepcion. Pero los pleytos se multiplicaban, sin que su decision, en mucha parte de ellos, se encontrasse en las Leyes hasta entonces publicadas.

El Rey Don Alonso el XI. en todo atento al bien de su Reyno, dispuso en Alcalá cierto volumen de Leyes, à que diò nombre de Ordenamiento Real, y conociendo, que el motivo de la multiplicacion de los pleytos era el defecto de Leyes, por la variacion de los casos, à lo que no alcanzaban las hasta entonces promulgadas, y que las Leyes de las Siete Partidas contenian doctrina mas universal; despues de haver dado orden para corregirlas, y concertarlas en lo que juzgó preciso, mandò en el año de mil trescientos quarenta y ocho

Ordenamiento Real, que tambien se llamaba Alcalá

E. 31. I. 1022. co ha-

(1) Vide D. Gregor. Lop. *in Praefation. Legis Partitar.*

hacer de ellas solemne publicacion, para que fuesen recibidas por tales Leyes, dando tambien orden conveniente sobre la observancia de las Leyes hasta entonces promulgadas (1).

Leyes nuevas,
y proyectos de
una nueva Co-
leccion.

Todos estas sabias providencias no fueron suficientes para atajar los pleytos, y abreviar sus decisiones. A cada passo se mostraba la necesidad de nuevas Leyes, para proveer à los casos, que las circunstancias del tiempo hacian nacer. Las Juntas de Reyno en Cortes eran frequentes, y en ellas yá se promulgaban nuevas Leyes, yá se corregian, y derogaban las antiguas. Estas nuevas disposiciones llegaron à llenar diversos volumenes, esparcidas sin orden, ni metodo, ocupando un mismo lugar las subsistentes, y las revocadas, las que se observaban, y las que no tenian uso, y muchas entre si contrarias, y dissonantes. Esto diò motivo al Reyno, junto en Cortes en Madrid, año de mil quatrocientos treinta y tres, à suplicar al Rey Don Juan el II. el que dichas Leyes se pusiesen con el debido orden en un solo volumen, quitando las superfluas, y dejando las utiles, lo que assi se acordò; pero no se halla, que huviesse tenido efecto. En el Reynado de Don Henrique el IV. y Cortes celebradas en dicha Villa de Madrid, año de mil quatrocientos cinquenta y ocho, se in-

(1) Se halla la ley del Rey | mera de Toro, recopilada en
Don Alfonso en el Ordena- | la 3. tit. 1. lib. 2. de la Nueva
miento Real, lib. 1. tit. 4. | Recopilacion.
ley 4. Y se insertò en Ley pri-

sistió sobre lo mismo ; y aunque se confirmó el antecedente Acuerdo , los movimientos , que sobrevinieron en el Reyno , estorvaron este buen deseo , que pedia tiempo mas pacifico.

Esta Obra estaba reservada para los felices tiempos de los Reyes Catholicos D. Fernando el V. y Doña Isabel : Reynado , que principió en el año de mil quatrocientos setenta y quatro , el que se debe reputar el mas glorioso de quantos tuvo hasta entonces , despues de su ruina , la Monarquía Española , que pudiendo apenas antes sostenerse à sí misma , principió à hacerse à sus vecinos formidable. El matrimonio de estos dos Principes desde luego unió las dos Coronas de Castilla , y Aragon. El Reyno de Navarra halló el punto de su fortuna en unirse al cuerpo , de donde las passadas desgracias le tenian separado. La dominacion de los Moros acantonados en Granada , no pudo resistir al esfuerzo de tan Catholicos Principes ; y la España se vió libre de la sujecion de los Infieles , que en quasi ocho siglos no pudo sacudir. Fuera de España , no solo el Reyno de Napoles , y las Islas Canarias se le unieron , sino que en el propio año de la Conquista de Granada , que fué el de mil quatrocientos noventa y dos , el Oceano manifestó passo à un nuevo Mundo , que pareció por la Providencia destinado à tan Augustos Monarcas , quando otros Principes de la Europa no creyeron posible su existencia.

No paró la atencion de los Reyes Catholicos en acrecentar la dominacion Española ; sa-

biendo muy bien , que es mayor gloria en los Reyes procurar , y mantener la tranquilidad interior , y felicidad de los subditos , que el conquistar nuevos Estados , teniendo comunmente en esto mas parte la casualidad , que la virtud. Las sabias providencias , que dispusieron , y bien ordenadas Leyes , que promulgaron , caracterizan su prudencia , sumo cuidado , y vigilancia en este punto.

Leyes de la
Hermandad.

En su tiempo tuvieron principio las Leyes llamadas de la Hermandad : medio con que se libertaron los caminos públicos de ladrones , homicidarios , y otras gentes de vida licenciosa , que en País , despues de tantos años expuesto à continuas guerras , se havian introducido.

Fuera alejarme mucho de mi proposito , si huviera de referir todos los beneficios , que de tan concertadas providencias recibieron estos Reynos ; pero no me permite la gratitud olvidar uno , respectivo al Reyno de Galicia , mi dulce , y amada Patria. Este fuè el establecimiento de una Real Audiencia en su recinto , con la que , y otros proporcionados medios , se viò este Reyno libre de las tyranías , y violencias , que en èl impunemente se exercian. Para que este beneficio fuesse completo , añadió nuestro glorioso Monarca , felizmente reynante , una Sala de Crimen , con la que , no solo los delinquentes oyen mas brevemente sentencia , y se satisface à la vindieta pública con el pronto castigo de los delitos ; sino que tambien , desahogadas de estas causas las Salas

Ci-

Civiles, se halla en ellas mas pronto expediente en la multitud de negocios, que en una tierra tan litigiosa, tanto mas diariamente van en aumento, quanto la incertidumbre legal todos los dias se hace mas tenebrosa.

Y remitiendome en lo mas que no toca à mi principal intento, à la Historia de estos Catholicos Principes, en este mismo Reynado hallaron su cumplimiento los deseos, que manifestó el Reyno en tiempo de Don Juan el II. y Don Henrique el IV. de que se redujessen à un ordenado volumen las Leyes, que andaban en varios, confusamente dispersas; lo que se hizo, subdividida esta Obra con nombre de Ordenamiento Real en ocho libros, quedando, no obstante, en su vigor las Partidas, y Fueros no derogados.

Esta Coleccion, aunque sin duda utilissima, y justamente entonces deseada, no encierra un cuerpo completo de Jurisprudencia. Pues aunque sea metodica en quanto à la disposicion de las Leyes por sus libros, y titulos, no contienen ciertos, y seguros principios, capaces de dar luz, para la decision de otros casos fuera de los literalmente expressados. Y como los casos, que dan motivo à los pleytos estèn regularmente complicados con innumerables circunstancias, y sean susceptibles de varia aplicacion de Leyes, se hacen indecisibles sin seguros, y sólidos principios, cuya universalidad contenga los casos particulares.

Sola la Jurisprudencia Romana era capaz de dar auxilio en esto; y yà hemos visto al último

Nuevo Ordenamiento Real.

Derecho Romano, y Canonico en España.

mo de su Historia el modo con que el Derecho Romano fuè recibido en la Europa como un Derecho Comun. Y la España (aunque con especial prohibicion desde el tiempo de los Godos , y aun segun antigua tradicion , con pena de muerte , al que alegasse Derecho Romano , segun en otra parte diremos) no fuè ahora menos ansiosa , aunque por via de disimulacion , en enseñarlo , y practicarlo , que la Italia , en donde tuvo su cuna. Con mas superior motivo debiò ser recibido el Derecho Canonico ; y con la admision de estos Derechos tuvieron igual acogida sus Interpretes , sin cuyo auxilio no podian ser bien entendidos.

De este modo nuestra Jurisprudencia vino à componerse de tres grandes cuerpos , Derecho Romano , Derecho Canonico , y Derecho Real ; y hemos adaptado por DD. de la Ley todos los Intetpretes , que sobre estos tres grandes cuerpos escribieron.

Para explicar , pues , mejor cómo estos Derechos , y sus Interpretes se insinuaron en nuestras Leyes Reales , y Tribunales , se hace preciso , dejando la Historia legal en el siglo de los Catholicos Reyes Don Fernando , y Doña Isàbel en el estado à que la hemos llegado , hacer un compendio historial de la interpretacion primitiva del Derecho Romano , y Canonico : pues no podemos demostrar de otro modo las entradas , que estos dos Derechos hicieron en nuestras Leyes Reales hasta el tiempo de dichos Catholicos Monarcas , en don-

donde bolverémos à tomar el hilo de nuestra Historia , prosiguiendola hasta nuestros tiempos.

Despues del hallazgo de las Pandeçtas en Amalfi , en el año de mil ciento y treinta , y Edicto del Emperador Lotario , para que el Derecho Romano se enseñasse en las Escuelas , y practicasse en los Tribunales del Imperio , luego se manifestaron hombres de conocida aplicacion , y talentos , que no solo lo exponian de viva voz à sus discípulos , sino que , para que la muerte no interrumpiesse la continuacion de sus lecciones , y su doctrina fuese habida en parages distantes , daban por escrito el fruto de sus desvelos. Igual aplicacion , y cuidado pusieron otros en el Derecho Canonico.

Historia de la interpretacion legal.

El primero que glossò el Derecho Romano fuè Guarnerio , ò Irnerio , que parece vivió por los años de mil ciento y cinquenta (1) , à quien desde luego honraron las Escuelas con el glorioso epitheto de *Lucerna Juris* , como primer antorcha , que desterraba las tinieblas , y obscuridades , que este Derecho , leído solo en la letra textual , embolvía. Siguióse , entre otros , Juan Basiano , que floreció por los años de mil y doscientos , y mereció llamarse *Speculum mundi* , Espejo del mundo. Es indecible la licencia , que en los tiempos siguientes se tomaron los Professores de Derecho en dár à la estampa sus lecciones , de que hablaremos

Guarnerio , ò Irnerio.

Basiano.

mas

(1) Card. de Luc. in annot. [ad disc. 1. de Servitutibus.

mas comodamente en otro lugar, y por ahora, acomodandonos con el hilo de la Historia, se hará solo expresion de algunos celebrados DD. de quienes, aunque estrangeros, hacen nuestras Leyes honorifica memoria; entre quienes Bartholo se ha levantado con el Principado de la Jurisprudencia Romana. Murió en el año de mil trescientos cinquenta y cinco, y sus contemporaneos le dieron el nombre de *Princeps Legistarum*, *Doctor supremus*, *Cæcorum Dux*, *Veritatis Speculum*: Principe de los Legistas, Doctor Supremo, Guia, ó luz de los ciegos, Espejo de verdad. Vino despues Baldo, à quien culpan de adherirse mas à su propio discurso, que à la letra legal. Murió en el año de mil quatrocientos veinte y tres, y le honraron sus compañeros con el titulo de *Juris Monarcha*, Monarca del Derecho. Este Principado, y esta Monarquia de Bartholo, y Baldo era solo en el Derecho Civil. Y en el Canonico la consiguieron, con otros honorificos blasones, Juan Andrès, que floreció cerca del tiempo de Bartholo; y el Abad Panormitano, llamado así por haver sido Monge Benito, Abad Monacense, y Arzobispo Panormitano; y murió el año de mil quatrocientos cinquenta y uno. Parece que estos siglos eran los de gloriosos epithetos à los Literatos, principalmente con los Profesores de Derecho; pues à alguno llamaron *Vas electionis*. Y sin duda su aplicacion, y desvelo dió mucha luz à la Jurisprudencia, alivio à sus Profesores, y ayuda à los Tribunales, y su me-

Bartholo.

Baldo.

Juan Andrès.

Abad Panormitano.

memoria debe ser venerada en los Annales de la Historia legal.

Era yà tanta la multitud de Interpretes, y vaga confusion de dictámenes en tiempo del Rey Don Juan el I. que justamente recelándose, que la variedad de interpretaciones causasse un desorden en los Tribunales, capáz de confundir, y eternizar los pleytos, promulgò en el año de mil trescientos ochenta y seis una Ley (1), por la que prohibe todo uso en los Tribunales de autoridad de DD. ò Interpretes de Derecho, à excepcion de Bartholo, y Juan Andrés. Permitida la alegacion de estos, era consiguiente el permisso de aquellos, à quienes, como anteriores, citaban estos dos insignes Escritores; (pues siempre fuè costumbre de nuestros DD. largas citaciones de unos à otros, lo que se suele reputar por la parte mas eminente de sus Obras) pero como la Ley no lo declaraba, daba lugar à formar sobre ello duda. Esto parece motivò la Ley, que el Rey Don Juan el II. año de mil quatrocientos y diez y siete publicò en la Ciudad de Toro (2). En cuya Ley, si es que concediò algun enfanche à la primera con la tacita permission de alegar los Escritores, que precedieron à Bartholo, y Juan Andrés; la formalidad de los terminos con que està concebida, y la severidad de las penas, que añade, hacen conocer bien la necesidad que havia de esta providencia.

Providencia del Rey Don Juan el I. contra la numerosidad de Interpretes.

Nueva providencia del Rey Don Juan el II.

(1) Es la 15. tit. 19. lib. 2. del Ordenamiento Real.

(2) Es la 6. tit. 4. lib. 1. del Ordenamiento Real.

cia. „ Por dár (dice) breve fin à los pleytos...
 „ mandamos , y ordenamos , que las Partes
 „ litigantes , ò sus Letrados , por escrito,
 „ ò palabra , disputando , ò en otra ma-
 „ nera , no puedan alegar opinion , deter-
 „ minacion , dicho , ni autoridad , ni glosa
 „ de Doctor Canonista , ni Legista , de aque-
 „ llos , que fueron despues de Bartholo , ò Juan
 „ Andrés : ni de los Doctores , que de aqui
 „ adelante fueren... y el Abogado , ò Procu-
 „ rador que lo contrario hiciere , sea priva-
 „ do perpetuamente de su oficio. E assimismo
 „ el Juez que lo consintiere , y la Parte que lo
 „ alegare pierda la causa.

Consideraron nuestros prudentes Reyes , que las Leyes de España no podian ser suficientes , sin auxilio de la Jurisprudencia Romana , y Canonica , para la decision de todos los pleytos : y que estos Derechos necesitaban ciertamente de Interprete ; pero que igualmente les era nociva la multitud de interpretaciones , como necessarias algunas claras , y sólidas : y así eligieron un medio , que pareció entonces proporcionado. Y ojalá se huviesse siempre vivido con precaucion contra el abuso de las interpretaciones arbitrarias ; pues no huviera llegado esta Profesion al infeliz estado en que hoy la vemos!

Providencia
 novísima de
 los Reyes Ca-
 tholicos Don
 Fernando , y
 Doña Isabel.

Aunque estas Leyes graduaron la doctrina de estos dos Doctores , sobre la de otros posteriores , no definieron claramente , ni el valor de su doctrina sobre la de los Escritores mas antiguos , ni le comunicaron el grado de au-
 to-

toridad en que deben ser respetadas las Leyes soberanas ; y fuera de esto, los libros de estos dos solos Escritores no podian contener toda la doctrina necesaria para la decision de tanta diversidad de casos , y tan variamente complicados, como son los que motivan los pleytos. Estos eran unos inconvenientes , que pedian seguro remedio. Creyeron hallarlo los Catholicos Reyes Don Fernando , y Doña Isabèl , señalando DD. cuya doctrina se abrazasse en defecto de Ley. Y entre varias que hicieron en Madrid año de mil quatrocientos noventa y nueve, promulgaron una (1), por la que à los dos referidos DD. añaden à Baldo , y al Abad ; y mandan , que en Derecho Civil, despues de Bartholo , se siga à Baldo : y en Canones , despues de Juan Andrés , se sentencie por la doctrina del Abad Panormitano.

Pero frequentemente sucede , que el querer atajar à un inconveniente , produce otros, no menos perniciosos. La idea de este establecimiento yà se encuentra en otro hecho por el Emperador Theodosio el Mozo , sobre las opiniones de Papiniano , Paulo , y otros Jurisconsultos antiguos , de que hice mencion en la Historia del Derecho Romano. De lo que alli dijimos se puede bien entender , que los efectos de una, y otra Ley no pudieron ser favorables à la dissipacion de pleytos , y su pronta decision; por lo que, tanto la Romana, como la

(1) *Es la 37. Avilès, in cap. 15. in fine.*
1. Pratorum, verb. Fiel, nu-

la nuestra , fuè de muy corta observancia.

Mezcladas , por decirlo asì , las Leyes Romanas , y Españolas , y sirviendo à la declaracion de unas la interpretacion de otras , no podia menos , que resultar una Jurisprudencia confusa , y ocasion , tanto à los litigantes de muchos gastos , y molestias , como à los Le- trados de enriquecerse. Tanta dissonancia ha- via en la inteligencia de las Leyes , que en los Tribunales , y à veces en un mismo Tribunal, se sentenciaba de diverso modo en un mismo caso , y en unas mismas circunstancias. (1) (Y ojalà no sucediera en nuestros tiempos lo mis- mo!)

Leyes de To- ro.

Esto fuè lo que el Reyno junto en Cortes en Toledo , año de mil quinientos y dos , re- presentò à los Reyes Catholicos , suplicandoles el remedio , para el infeliz estado en que se ha- llaba la administracion de justicia. Esta repre- sentacion diò motivo à las célebres Leyes de Toro , que los Reyes Catholicos encomenda- ron à personages de conocida literatura ; las que muerta yà la Reyna Doña Isabèl , se pro- mulgaron en la Ciudad de Toro , de donde trahen su nombre , en siete de Marzo del año de mil quinientos y cinco , por la Reyna Do- ña Juana , madre del Rey Don Carlos Prime- ro , V. Emperador.

Estas Leyes de Toro , aunque en el corto numero de ochenta y tres , contienen una con- siderable parte de Jurisprudencia , en materias

quo-

(1) Veaſe el Prologo, ò Proe- ludio de las Leyes de Toro.

quotidianas, como testamentos, y ultimas voluntades, herencias, successiones, donaciones, &c. Por lo que no es de estrañar hayan trabajado tanto los Interpretes sobre ellas, con glosas, y comentarios, para declararlas, ò por mejor decir, acomodarlas al Derecho Romano, pudiendo dudarfe bien, si de estas interpretaciones ha resultado mayor confusion, que claridad à su texto. En la primera de estas Leyes se pone el orden, que se debe guardar en la práctica de diversos cuerpos de Derecho Español. Y reconocido por experiencia, que la Ley de Madrid, de que poco hà hemos hablado, y en la que se graduaban las opiniones, que se debian seguir, en defecto de Ley, hecha con la mira de hallar mas pronta decision en los pleytos, no servia sino de encenderlos, y retardarlos, fuè enteramente derogada. De este modo quedò la autoridad de aquellos Interpretes igual à la de los mas sus compañeros, y en las facultades del Juez el reconocer, elegir, y abrazar entre un inexplorable numero de Escritores la opinion mas conforme à la verdad (1).

Derogacion de la autoridad comunicada à algunos Interpretes.

La Typographia, ò Imprenta, inventada en Maguncia por los años de mil quatrocientos cinquenta y siete, y perficionada, y extendida en los siguientes, recogió de las partes mas distantes variedad de glosas, comentarios, y otros tratados, para extenderlos con mas diffusion, llenando en breve las Bibliothecas de

(1) Bovadilla *Politico*. lib. 2. cap. 7. num. 19. Ona lo es

estos escritos, añadiendo con esto mas trabajo à los Jueces, Abogados, y otros Profesores, y no poco tormento à los litigantes.

Nueva recopilacion de Leyes.

En tiempo del Señor Emperador Don Carlos V. primer Rey de este nombre en España, se hallò preciso hacer nueva Coleccion de las Leyes del Reyno; porque haviendose en algunos puntos añadido, corregido, y declarado las anteriores, algunas enteramente revocado, hecho otras de nuevo, y hallandose dispersas en distintos quadernos: esto, junto con el vicio de las impresiones, que havian alterado su lectura, ocasionaba nueva confusion, y un desorden muy perjudicial à la administracion de justicia. Y para proceder con madurez en cosa de tanta monta, y pensandose seriamente en dár à los Tribunales una Obra importante, en que no solo se remediasse à lo referido, sino que tambien se pusiesse en terminos claros las Leyes, que pareciesen contener alguna confusion, quitando lo superfluo, y dejando, ò substituyendo lo util; encomendò el Emperador esta Obra successivamente à dos sugetos de conocida literatura, gravedad, y experiencia; pero toda su diligencia, y trabajo no alcanzò à que en sus dias, ni en los del Rey tuviesse cumplimiento.

Succedió en la Corona de España Don Phe-
 lipe II. quien, prosiguiendo la misma empresa, la recomendò tambien successivamente à sugetos capaces de proseguir las principiadas tareas, con las que llegó la Obra à su fin; y en el año de mil quinientos sesenta y siete se pu-

publicò la Coleccion, de que hoy usamos, con nombre de Nueva Recopilacion, distribuida en nueve libros, en que se incorporaron las Leyes del Fuero, cuya observancia era mas conocida, las del Ordenamento Real, las de Toro, y otras posteriores.

Esta Coleccion se bolviò à imprimir con nuevas addiciones en el Reynado de Don Phelipe III. año de mil quinientos noventa y ocho. Desde cuyo tiempo, haviendose publicado otras varias Leyes, que andaban, algunas en un quaderno impresso el año de mil seiscientos y diez, y otras sueltas, se mandaron incorporar, segun el orden que les correspondia, por Don Phelipe IV. y en el año de mil seiscientos y quarenta se imprimiò la Recopilacion en tres tomos, no solo con aditamento de Leyes nuevas, sino tambien de notas, y remisiones curiosas, para que el público se instruyesse del estilo, y práctica del Supremo Consejo, Chancillerías, y Audiencias.

Ultimamente, en el año de mil setecientos veinte y tres, y mil setecientos quarenta y cinco, se imprimiò la Nueva Recopilacion con addicion de algunas Pragmaticas, y un cuerpo de Autos acordados por el Supremo Consejo, que son como determinaciones tomadas por esta Superioridad en diferentes casos, para la mas conveniente administracion de justicia, de cuya observancia ninguno puede eximirse.

Este Derecho, aunque sea el universal de

Fueros parti-
culares.

España, y de todos los Dominios, que de ella dependen, no se observa en todas sus Provincias; habiendo muchas, que tienen sus costumbres particulares, que comunmente llaman Fueros. A esto ha dado mucho motivo la dismembracion de España, distribuida después de su última ruina en varios Reynos, y Señoríos, no solo entre los Moros, pero tambien entre los Principes Christianos, que la recuperaron. Todos estos Principados se fueron poco à poco uniendo, yá por conquista, yá por enlace matrimonial; y los Pueblos, que nuevamente se incorporaban, retuvieron sus costumbres, y fueros razonables en que vivian, y de que aún al presente en mucha parte usan, zelosos de ellos, como de privilegios nacionales; todos bajo la proteccion de una misma Corona, y Soberano, quien en sus Titulos, haciendo especial expression de las Provincias de que se compone esta Peninsula, hace igualmente acordarla de su antigua dismembracion, y de la distintiva memoria, que de todas ellas conserva, para comunicar igualmente à todos los influxos de su proteccion, y Real benevolencia.

Reyno de Portugal, y su dismembracion de España.

Solo acá de los Pyrineos, Portugal ha conservado su independendencia, y constituido Corona separada. Don Alonso el VI. Rey de Castilla, y de Leon, en remuneracion de los servicios hechos à esta Corona por Don Henrique, Principe de la Casa de Borgoña, y por consiguiente de sangre Real de Francia, le dió en el año de mil ochenta y nueve su hija Doña Te-

refa en matrimonio , y en dote , con titulo de Condado , y con cierto tributo , y omenage; à Portugal , ò aquella parte de este Reyno , que confina con Galicia. Procurò el valeroso Don Henrique ampliar su Condado, conquistando de los Moros varias Provincias: y pareciendole à su hijo Don Alonso poco el titulo de Conde, y bajeza el de vassallo , en el año de mil ciento treinta y nueve se erigió el de Rey de Portugal , que conservaron sus successores. Este Reyno se incorporò en la Corona de España en tiempo de Don Phelipe II. de donde le separò otra reolucion en tiempo de Don Phelipe IV. año de mil seiscientos y quarenta. Sus Leyes , y costumbres son imitantes al resto de España.

Hemos acabado la Historia del Derecho ; y aunque reducida à compendio , texida de otras noticias , las que , si no parecieren del todo conducentes à lo legal , sirven , no obstante , para su mayor inteligencia , y para evitar el disgusto , que podria ocasionar una lectura de otro modo insipida à mucho numero de Lectores.

Por el discurso de esta Historia se concibe quan trabajosa sea una Facultad , en que se deben tener presentes tantos , y tan varios volumenes de tantos , y tan complicados Derechos , frequentemente entre si opuestos , y en que tan poco orden , y metodo se ha observado.

Pero qualquier dificultad , que esto contenga , es muy inferior à las que hicieron nacer tanta multitud de interpretaciones , que sobre

Conseguencias de la Historia legal.

estos volumenes se han dado à luz. Y sin duda fuè utilissimo el que los estudiosos se aplicassen en reducir à algun metodo la Jurisprudencia, y allanar las dificultades, y tropiezos, que en su inteligencia havia; pero con el tiempo cada Interprete vino à ser un pequeño Legislador, con autoridad semejante à la de la Ley. Y què otra cosa se necesitaba para trastornar el Gobierno legal, que la introduccion de tantos, y tan varios Legisladores? Esto es poco menos, que dár à un Pueblo muchas cabezas, que le gobiernen à un tiempo mismo. Y asì, no será de admirar el que la Jurisprudencia huviese llegado al estado de confusion, y incertidumbre, en que hoy la vemos, y de que se irá haciendo evidencia.





LIBRO SEGUNDO.

CONSIDERACIONES GENERALES sobre el Derecho , su autoridad , inter- pretaciones , y su estudio.

A La Historia , que acabamos de referir , y Proposito de
este Libro.
antes de tratar de asuntos particulares,
me pareció añadir unas breves reflexiones so-
bre el actual estado del Derecho , su incerti-
dumbre en general , y su estudio.

Parecerà à qualquier prudente , que no esté
versado en el estudio del Derecho , que sus
Professores están del todo ciertos , què Leyes
de las que acabamos de referir en su Historia
sean las que tengan fuerza de tales , y deban
servir para la decision de los pleytos. Y sin
duda , quién se podrá persuadir , que en unos
tiempos de tanta claridad como estos , àun es-
tè indeciso un punto tan perjudicial à la ad-
ministracion de justicia , como el no saberse
precisamente por què Leyes se hayan de deter-
minar los pleytos ? Pero lo cierto es , que lo
está , segun en los siguientes Discursos se irá
demostrando , haciendo principal assunto en
lo que mas nos importa ; esto es , en la co-
nexion , que con nuestro Derecho Real tie-
nen los otros Derechos ; pues el considerar
cada Derecho en si mismo segun la con-
exion

xion de sus partes entre sí, sin respeto à las Leyes Reales, sería igualmente molesto, è inútil al comun de los Lectores.

DISCURSO PRIMERO.

REFLEXIONES GENERALES *sobre el Derecho Romano.*

Derecho Romano no tiene fuerza de Ley en España en competencia de Ley del Reyno.

Perplexidad entre los DD. sobre la autoridad del Derecho Romano en defecto de Ley Real.

PRincipiando por el Derecho Romano, todos convienen no tener fuerza de Ley en España en los casos decididos por Ley del Reyno; pues siendo la España un Reyno, que no reconoce otro Superior temporal, que su Soberano, solo éste, y no otra Potestad, puede darle Leyes. Pero faltando Ley Real, están los AA. sumamente dispersos, y difíciles de entender; no porque en este Derecho conozcan potestad, que aun en este caso pueda inducir obligacion, sino por el permiso tacito de nuestros Principes, y consentimiento de sus Pueblos. Asientan unos, que las Leyes Romanas están en España desautorizadas de virtud legal, sin tener otro valimiento, que el de la razon natural en que esté fundado. Este sentimiento tiene en su apoyo las Leyes del Reyno, entre las que no se halla alguna, que dé al Derecho Romano caracter de Ley. En lo que no pueden ser mas expresivas las palabras del Rey Godo Don Flavio Recesvindo (1). „ Bien sufrimos, dice, è bien queremos, que

„ ca-

(1) Leg. 8. tit. 1. lib. 2. For. judic.

„ cada un home sepa las Leyes de los estraños
 „ por su pro; mas quanto es de los pleytos,
 „ juzgar, defendemoslo, è contradecimoslo,
 „ que las non usen, que maguer y haya bue-
 „ nas palabras, todavia hay muchas grave-
 „ dumbres. E nin queremos, que de aqui
 „ adelante sean usadas las Leyes Romanas, nin
 „ las estrañas. En el Fuero Real (1) son nota-
 „ bles las palabras del Rey Don Alonso: „ Bien
 „ sofrimos, dice, è querèmos, que todo ho-
 „ me sepa otras Leyes, por ser mas entendi-
 „ dos los homes, è mas sabidores; mas no
 „ querèmos que ninguno por ellas razone, ni
 „ juzgue. Las Leyes mas modernas (2) vãn en
 „ lo mismo. Entre los Fueros del Reyno de Va-
 „ lencia hay uno, del que hace memoria Mor-
 „ la, por el que se condena en la pena de diez
 „ marcos de plata al Abogado que se atreva ale-
 „ gar Decreto, Decretal, u otro genero de Le-
 „ yes, fuera de los Fueros del Reyno; en cuyo
 „ defecto previene se recurra à la razon natu-
 „ ral. Y el Abogado contraventor, no pudien-
 „ do pagar la multa, queda privado del oficio
 „ (3). Ultimamente se ha conservado en España
 „ una antigua tradicion, de que havia Ley con
 „ pena de muerte à los que alegassen en los Jui-
 „ cios Ley Romana (4). De todo lo que parece
 „ muy

(1) Leg. 5. tit. 6. lib. 1.

(2) L. 6. tit. 4. part. 3. leg. 1.
 Taur. sive 3. tit. 1. lib. 2. Recopil.

(3) Morla in Emporio, part.
 1. tit. 1. quest. 16. n. 13.

(4) Palac. Rub. in Introduc. ad
 Rubric. de Donation. inter vi-
 rum, & uxorem. num. 19. Ace-
 ved. in Rubric. lib. 2. Reco-
 pil. num. 4.

muy bien inferirse el comun sentir de los DD. que llevamos probado (1).

Pero todo esto no ha movido à otros de autoridad respetable , para que dejen de afirmar por corriente , que las Leyes Romanas tienen eficacia de Ley en España , faltando Ley del Reyno (2). Esta assertiva no tiene otra autoridad para su prueba , que la que el uso ha dado al Derecho Romano. Este es , dicen , el Derecho Civil , que se estudia en las Universidades , para cuya enseñanza se han establecido tantas Cathedras , con tan largos estipendios , en que se emplean tanto numero de Estudiantes , en que hay tanta diversidad de exercicios , y en que trabaja tanto la Juventud. Ultimamente , las Leyes Romanas , no solo resuenan en las Escuelas , pero tambien en los Tribunales , y los Escritores Españoles las veneran , citan , y exponen , con muy largos comentarios ; y por decirlo en una palabra , este es un Derecho , que en pluma de todos se llama Comun , con cuyo nombre se denota su universalidad para los casos que no estèn determinados por ley particular.

Esta opinion parece siguen los Escribanos , ò los AA. de sus formularios. Apenas dãn fe de Instrumento , en que no intervenga rehuñcion de algunas Leyes Romanas , que corrup-

(1) D. Molin. *de Hispan.*

primogen. lib. 3. cap. 12. n.

11. D. Galindo *Phœnic. lib.*

1. tit. 1. §. 2. num. 3.

(2) Anton. Gomez *in leg.*

1. Tauri , n. 1. Parlador. *dis-*

ferent. 6. num. 4.

rúptamente citan en las mismas Escrituras. Pues si es que estas Leyes no nos obligan , à què fin renunciarlas ? Y si solo obligan en quanto son dictámenes de la razon natural, no creo estè bien dicho , que uno renuncie à semejantes dictámenes.

Es mucha la distancia que hay entre estas dos opiniones ; pues dista mucho que el Derecho Romano tenga fuerza de Ley , ò tanto valga , quanto la razon natural , en que se funda. Pues en el primer caso no es licito ignorar un Derecho , que se necesita para la decision de los pleytos , en tanta variedad de casos , en que faltan Leyes del Reyno. En el segundo caso puede bien ahorrarse el trabajo de estudiar ansiosamente un Derecho , que solo vale en quanto vale la razon natural ; pudiendo ésta fortalecerse de otros principios , ò de otro modo explicados , que lo han hecho los Romanos.

Distancia entre las dos referidas opiniones, y sus consecuencias.

De la incertidumbre de esta contienda se sigue en notable perjuicio público , pero nada menos acreditado , que con la experiencia. Lo primero , que unos se aplican con mucha atencion , cuidado , y vigilancia à un estudio , que otros desprecian. Lo segundo , dissension entre los mismos Profesores , sobre el modo de estudiar. Lo tercero , y peor , que un Juez falla por Derecho Romano una Causa , que otro decide segun otra razon , que le pareció mas natural , no creyendo deber sujetar su dictamen à las Leyes Romanas.

No podrá negarse , que la dissension en este pun-

punto sea nociva à la administracion de justicia; lo que se hará mas claro con la siguiente reflexion sobre el Derecho Romano, y su estudio.

Estudio del Derecho Romano.

Es ciertamente este Derecho, en quanto unido con todas sus partes, un cuerpo de mediana perfeccion, y suficiente, segun el estado, y circunstancias del Romano Imperio, para pacificar los hombres en sus quotidianas dissensiones, y producir medios convenientes para la recta administracion de justicia. Pero la España, con cuyas costumbres no se acomodan muchas de sus disposiciones, ha mutilado tantas partes á este cuerpo, y le ha cortado tantos miembros, reformando, derogando, y abrogando tantas de sus Leyes, que yà, tan lejos de ser un todo perfecto, es un cuerpo disforme; ò por mejor decir, yà respecto de la España, no es cuerpo, sino un monton desunido de varias partes, las que pudiendo antes en el todo pacificar en justicia los mas dilatados Reynos, yà no sirve sino para ocasionar mayor perturbacion. Es como un cuerpo natural organico, que en la union de sus partes es capaz de todas las operaciones, que le son proprias; pero dividido, y separado, es incapaz de ejercerlas; ò como un grande, y hermoso edificio sostenido en fuertes columnas, las que, dislocadas, ò debilitadas, todo el edificio se hace ruinoso, sin que sea comodamente habitable alguna de sus piezas.

Es sin duda digno de admiracion, que el

De-

Derecho Romano se haya llevado tanto la atencion en los Estudios generales, que no haya dado lugar à hacer en sus Escuelas comemoracion alguna del Derecho del Reyno. Y que los Estudios públicos, tan pròvidamente distribuidos por todas partes para la instruccion de la Juventud en las Ciencias utiles à la República, solo hayan de servir en Jurisprudencia para la exposicion de un Derecho estrangero. Es, buelvo à decir, digno de admirar tantas Cathedras, tan ricamente dotadas, tan insignes Maestros de unas Leyes, que sirvieron para la pacificacion interior de los Romanos; y tanta indiferencia en las que sirven para el gobierno de los Españoles. Tanto aparato, y tan cuidadoso zelo en la doctrina de Leyes muertas, y tanto descuido en enseñar las Leyes vivas. Empleando los estudiosos, cuyo fin es servir en España en cargos de justicia, tantos años en meditar las Leyes de Roma, y Constantinopla, como si las Universidades del Reyno fuesen Seminarios para exercer Preturas en el antiguo Imperio Romano.

Se parecen nuestros estudiosos del Derecho Romano à aquellos indiscretos estudiosos de Geographia, que emplean todo su conato en saber la delineacion de Países estrangeros, sin dejar arroyo, que no noten, ni colina, que no apunten, ignorando los grandes rios, que corren por su propio País, y los grandes montes, que le rodean.

Què dijéramos de un hombre, que, olvidando la lengua nativa, se empleasse en el es-

El Derecho Romano, con exclusion del Derecho Real, es el que ocupa las Escuelas contra la intencion de nuestros Principes, y contra toda razon

tudio de lenguas estrangeras; ò de un Español, que ignorando enteramente la Historia de España, sus varias rebolesiones, su chronologia, y la série de sus Reyes, empleasse todo su estudio en los espinosos puntos de la Chronologia de la China; ò de la Historia del Mogol? Pero esto puede suceder por el depravado gusto de un particular; mas no puede menos de estrañarse en una sabia Nacion.

No fuè esta la intencion de nuestros sabios Legisladores en permitir el estudio del Derecho Romano en los Estudios generales; sino el dár lugar à que los Españoles no ignorassen la sabiduria legal de los antiguos. „ Bien quere-
 „ mos, dice el Rey Don Alonso, y el Catho-
 „ lico Rey Don Fernando, y su hija la Reyna
 „ Doña Juana (1), y sufrimos, que los libros de
 „ los Derechos, que los Sabios antiguos hicie-
 „ ron, que se lean en los Estudios generales de
 „ nuestro Señorío, porque hay en ellos mu-
 „ cha sabiduria; y queremos dár lugar, que
 „ los nuestros naturales sean sabidores, y sean
 „ por ende mas honrados. „ Pero la principal
 „ instruccion, que desean nuestros Reyes en
 „ sus subditos, es en las Leyes del Reyno. „ Nuef-
 „ tra intencion, y voluntad es, dicen, (2) que
 „ los Letrados en estos nuestros Reynos sean
 „ principalmente instruidos, è informados de
 „ las Leyes de nuestros Reynos, pues por ellas,
 „ y no por otras han de juzgar. Si nuestros
 Le-

(1) Leg. 1. Taur. sive 3. tit. 1. lib. 2. Recopil. | (2) Leg. 2. Taur. sive 4. tit. 1. lib. 2. Recopil.

Legisladores entendieran, que el estudio del Derecho Cefareo havia de ser tan particular en las Escuelas, que en ellas no havia de haver la mas leve instruccion en el Derecho del Reyno; si tuvieran presente el abuso, que con el tiempo se havia de hacer de esta su permission, tan lejos de concederla, sin duda prohibirian con graves penas un estudio, cuyo desorden ha llegado à enredar las Leyes Reales, hasta el punto de hacerlas ininteligibles à la mayor parte de sus Professores.

Es engaño manifesto, aunque vulgarmente creído, que en las Universidades se estudia la theorica del Derecho. Pues theorica en las Facultades se llama el estudio de aquellos principios, que conducen al conocimiento de las verdades prácticas, ò el estudio de aquellas reglas, que la práctica rectifica, como explicativas de la verdad, que se desea encontrar. Pero lo que en Jurisprudencia se enseña en las Escuelas, son unos principios, muchas veces desmentidos en la práctica, y unas reglas, à quienes la práctica deniega todo exercicio, como Leyes no recibidas, abrogadas, derogadas, è inmutadas, y no pocas veces injustas.

Ojalá se estudiara en las Escuelas verdadera theorica, ò especulacion de Leyes practica-
bles, entonces la práctica no se reduciria à otra cosa, que à un exercicio de lo estudiado! Pero tan lejos de estudiarse en las Universidades la theorica del Derecho, se hace un estudio capáz de impedir en hombres de talentos regulares todo progreso en la práctica, como

Que en las Escuelas no se estudia theorica del Derecho.

mo opuesto à ella ; no siendo lo que se ha estudiado en las Escuelas lo que se practica , sino lo que se ha practicado en la antigua Roma ; y lo que se practica , y deben observar los Tribunales , y por donde se rige la Sociedad , es ordinariamente otro Derecho , que es preciso estudiar de nuevo.

Por esto vemos tantos antiguos Professores de las Universidades , y que despues (como es frecuente) no han tenido otra experiencia , y particular estudio en las Leyes del Reyno , reducidos , en fuerza de su propio conocimiento , y bien de la República , à una vida privada , conociendose incapaces de dár respuesta alguna en Derecho. Y los que sin aquella previa , y necessaria disposicion , temerariamente se conceptuaron dignos de exercer algun cargo de justicia , cometen mil absurdos , ocasionando muchos , y costosos pleytos , gastos , y molestias , escandalizando los Pueblos con sus disparates , hasta que una larga experiencia les ha facilitado el passo , para conducirse con mejor orden. Pero experiencia costosa , y semejante à la de los Professores de Medicina , que aprenden à ayudar la salud de unos , destruyendo la salud , y aun quitando la vida à otros!

Inconvenientes del estudio del Derecho Romano.

El estudio en la Juventud es el que causa mayores impresiones en el curso de la vida. El conocimiento del Derecho Real viene al Estudiante yá preocupado , ò acaso yá fatigado con las penosas lecciones de un Derecho estrangero. Es como un alimento recibido en

un estomago preocupado de otros manjares, que nunca puede producir el correspondiente nutrimento, pues no puede ser bien digerido; à lo menos el mas robusto estomago siempre padecerá mayor dificultad, que la que tuviera qualquier estomago libre; y no todos los entendimientos tienen fuerzas proporcionadas al vencimiento de todas estas dificultades, como no todos los estomagos tienen suficiente actividad para digerir muchedumbre de manjares. Y quando las fuerzas de ingenio de un Estudiante sean superiores à todos estos estorvos, siempre habrá tenido un bien escusado trabajo en vencerlos.

Alguno dirá, segun el comun sentir, que el estudio del Derecho Romano sirve mucho para digerir, y facilitar el Derecho Real. No puede esto negarse en la constitucion presente en fugetos capaces de comprehender todas las antinomias, y diferencias de los dos Derechos, y sus consecuencias. Pero tampoco puede dudarse, que de la misma fuente de donde mana esta facilidad digestiva, fluyen mezcladas muchas crudezas insuperables à fuerzas regulares, y de mucha dificultad à fuerzas nada comunes. De modo, que el daño que ocasiona no es menor, que el beneficio que comunica. Menos puede dudarse, que la potestad legislativa de España pueda suplir con mas abundantes luces à toda la claridad, que puedan esparcir las Leyes de Roma sobre las del Reyno, y sin las sombras, que vienen del mismo origen; y pudiendo nuestro Soberano

Complicacion de los dos Derechos, Real, y Romano, y consiguiente utilidad de éste.

auxiliarnos en este beneficio, escusado es recibirlo de quien no comunica luces sin tinieblas, facilidades sin dificultades, y de quien no aprovecha sin ser nocivo.

A fuera de esto es constante por la experiencia, que acostumbrados los Estudiantes al estudio del Derecho Romano, con dificultad se desprenden de las noticias, que les ha procurado su aplicacion, las que retienen como primeras impresiones, que han recibido de Jurisprudencia, y como prendas de un estudio, que no quieren les haya sido inutil, haciendo manifestacion de ellas al público en todas sus ocupaciones literarias, como poseedores de unas riquezas, que han adquirido con mucho trabajo. Además de que el no dár à entender en todas las ocasiones, que se presentan, de que saben las leyes de Roma, sería passar por la baja nota de no haver cursado en Escuelas públicas.

De aqui es, que de qualquier modo que sientan los DD. sobre la autoridad del Derecho Romano, siempre ocupan la mayor parte de sus escritos en exponerle, cotejando con él las Leyes Reales, acomodandolas al systéma del Derecho Comun (que así llaman al Romano) interpretandolas, y restringiendolas, para que en quanto sea dable menos le deroguen (1). De modo, que estos Derechos se hallan hoy en nuestros AA. tan intimamente mezclados.

(1) *Videfis exemplum apud 3. tit. 7. §. 6. à num. 1. D. Galindum in Phœnice, lib.*

clados , que à no ser imposible , es sumamente difícil entender uno sin la ayuda del otro, resultando de esta immixcion un compuesto tan confuso de encontrados principios , y tan intrincado con insuperables dificultades , que apenas llega la vida del hombre para desenredarle. Y quando esto consigan los que han hecho un estudio especial sobre el Derecho Romano ; los mas , de que es muy superior el numero , que sin este auxilio entran en la profesion del Derecho Real (aunque hayan asistido en las Escuelas , y se digan Bachilleres , y acaso Licenciados , y aun de superior grado) solo pueden esperar , segun sus talentos , y un largo , y porfiado estudio , algunas luces para conducirse en los casos mas comunes.

Parece , que qualquier buen concepto , que antes de ahora se haya formado sobre la utilidad del estudio del Derecho Romano en las Escuelas , haviendo demostrado la experiencia , que esta utilidad no equivale à los daños que ocasiona , sería muy conveniente al sosiego público el que las Leyes Romanas enteramente se desterráran , no solo de los Tribunales , sino tambien de las Escuelas. Este Derecho llegó por su desgracia à ser como aquellos hombres sediciosos , à quienes para el sosiego público es preciso desterrar , no solo de la Corte , y Lugares grandes , en donde puedan ocasionar grandes reboluciones , sino tambien de todo el Reyno , para cortarles toda ocasion de levantar algun motin. En interin que las Leyes Romanas se mantengan en las Escuelas,

Si sería conveniente desterrar el Derecho Romano de las Escuelas , y Tribunales.

los Estudiantes, quando vengan à los Tribunales à fer Jueces, ò Abogados, no podrán facilmente olvidar un tan querido estudio, en que emplearon su juventud, que es tan difícil olvidar, como los sentimientos de la educacion. Y de este modo el estrepito de las Escuelas nunca será menos en los Tribunales, para los que sirvieron de verdadero ensayo, haciendo nacer dificultades, no precisamente sobre la inteligencia de las Leyes Reales, sino sobre su acomodamiento, y concordia con las Romanas, y sus Interpretes.

No obstante, para que este general destierro del Derecho Cesareo fuesse util à la República, debiera preceder la formacion de un cuerpo metodico de Derecho Español en la forma que hemos propuesto en la Prefacion de esta Obra. Sin esta tan previa, y precisa disposicion, privarnos del estudio del Derecho Romano, poco menos sería, que privarnos de unas, aunque confusas, luces, con que en algun modo podemos conducirnos, y quedarnos quasi en tinieblas; ò abandonar un tal qual, aunque trabajoso, socorro, y quedarnos poco menos, que en una extrema indigencia.

DISCURSO II.

REFLEXIONES GENERALES

sobre el Derecho Canonico.

LOS Canones, y las Leyes son entre si Derechos diferentes, no precisamente por diversidad de fines; pues aunque el fin primario del Derecho Canonico sea la salud espiritual, y el del Civil la paz, y tranquilidad pública, frecuentemente se exerce aquel en asuntos no meramente espirituales, aunque à este fin conduzcan; y omitiendo innumerables disposiciones Civiles, que solo miran al honor de la Religion, y salud espiritual, aun quando este Derecho solo se ordenasse à la tranquilidad de la República, y pacificacion de sus miembros, de donde provenga un bien comun, que ceda en utilidad de todos sus individuos, y que todos, sin agravio de ninguno, disfruten; dispone sin duda para la assecucion de los bienes espirituales (1). La diversidad, pues, de estos Derechos consiste en la de las Potestades, de donde dimana: en la diversidad de asuntos, en que principalmente se exercen: distincion de personas, que en su extension comprehenden; y variedad de decisiones, que abrazan.

Proposito de este Discurso.

G3 Ya,

(1) Omnia ergo quaecumque est enim lex, & Propheta. vultis, ut faciant vobis homines; & vos facite illis. Hac Matth. cap. 7. v. 12.

Yá, pues, que hemos dicho lo que parece suficiente tocante à la incertidumbre, que resulta de la immixcion del Derecho Romano, con el Derecho Real; hablarèmos ahora de la incertidumbre del Derecho Canonico, no de por sí, y en quanto unido con sus partes, del que no es mi proposito hablar; sino del mismo modo que hicimos del Derecho Romano; esto es, en quanto complicado con el mismo Derecho Real, al que nombrarèmos mas comprehensivamente Derecho Civil. Pero del Derecho Romano, segun hemos dicho, podemos facilmente dispensarnos; pues fuera de las razones de congruencia, que hallan algunos DD. no hay motivo eficaz por donde se induzca su obligacion. No asì el Derecho Canonico, cuya autoridad no puede negarse en personas, y negocios Ecclesiasticos, comprendiendo no solo personas seculares, à quienes en algun modo dichos negocios tocan, sino tambien atrayendo frequentemente à sí asuntos profanos, en que se ven mezcladas Leyes Civiles, y Canonicas, con mucha incertidumbre sobre qual de esta especie de Derecho deba prevalecer. Se ve tambien diariamente, que en asuntos meramente temporales, y del todo sujetos à las Leyes Civiles, se interessen personas Ecclesiasticas, en que del mismo modo se reconoce la incertidumbre sobre la sujecion de estas à aquellas disposiciones. Finalmente, componiendose la República de personas Ecclesiasticas, y Seculares, y sus negocios frequentemente mixtos, y com-

pli-

Autoridad del
Derecho Can-
onico, y su
complicacion
con el Civil.

plicados, la misma complicacion embuelve el Derecho, que debe servir para su decision.

No solo el Derecho Civil, y Canonico son distintos en sus decisiones, sino que su ejercicio comunmente pide Judicaturas, ò Tribunales distintos, de donde dimana la separacion de los dos Fueros Ecclesiastico, y Secular. No me pararé por ahora en las interminables disputas con que llenaron tantos volumenes los Interpretes, y que siempre fatigò à los Tribunales, y ocasionò à las Partes imponderables gastos, y molestias, sobre en què Fuero se haya de litigar el pleyto, ò sobre la competencia del Juez Secular, ò Ecclesiastico en orden à su conocimiento. Esto pertenece à la incertidumbre del Derecho en particular, de que acafo tratarèmos en otra parte. Mi principal proposito por ahora es tratar, no del Fuero en el que se hayan de ventilar los Derechos, sino del Derecho mismo, que debe servir para la decision de los negocios, que son cosas muy distintas, y que piden separadas inspecciones.

Fuero Ecclesiastico, y Secular.

La incertidumbre, pues, que se reconoce en averiguar en què casos obre la disposicion Canonica, y en què casos tenga lugar la decision Civil, es el assunto de este Discurso, sin que deba esperarse, que yo me extienda sobre todas las perplexidades, que en esto hay: solo insinuarè algunas de las mas obvias, y frequentes, de donde juiciosamente se puedan inferir otras; lo que observarè en toda esta Obra, segun yà en su Prologo tengo advertido.

Quàndo deba prevalecer el Canon à la Ley, ò al contrario.

do. Y principiando por el objeto, materia, y extension de estos dos Derechos Civil, y Canonico, hallarèmos sus limites inciertos, para que no haya que admirar de la frecuente ocasion de litigios.

Incertidumbres sobre la qualidad de personas, y negocios.

Comun, y generalmente se les señala por demarcaciones las de las Potestades, de donde dimanar. El Civil de Potestad temporal en personas, y asuntos Seculares. El Canonico de Potestad espiritual en asuntos espirituales, y personas Ecclesiasticas. Para que esta respuesta fuesse suficiente, parece solo restaba averiguar quiénes se entiendan por personas Ecclesiasticas, y que negocios sean los de esta qualidad. Pero aun en esto hay mucha incertidumbre embuelta en obscuras, è interminables disputas, que diariamente se ofrecen sobre el estado de las personas, y sobre la qualidad espiritual, ò temporal de los asuntos, ò negocios: disputas, que pudieran para siempre evitarse, constituyendo un Derecho claro (1).

Complicacion de personas de ambos estados en un mismo fuero.

2º Los departamentos comunmente señalados al exercicio de estos Derechos, son, como hemos dicho, para el Civil, el Fuero Secular, y para el Canonico, el Ecclesiastico. Pero son muy ordinarios los casos en que Legos,

(1) *Vide* tit. 3. lib. 1. *Recopil. leg.* 2. tit. 4. *cod. leg.* 56. tit. 6. *part.* 1. ubi D. Greg. Lopez Barbof. de *Officio Episcopi*, allegat. 107. Bovadilla *Politico*. lib. 2. *cap.*

17. & 18. & generaliter vide relatos per D. Castejon, verbo *Ecclesia*, *Ecclesiastici*, *Ecclesiastica bona*, verbo *Ecclesiastica immunitas*, *Ecclesiastica jurisdictio*, *cum similibus*.

y Clerigos se embuelven en un mismo litigio, defendiendo unos contra otros sus derechos, y haciendas, tanto en Tribunales Seculares, como Eclesiasticos, en que naturalmente nace la duda por què Derecho se deban terminar estas contiendas. La respuesta comun es, que en quanto al modo de instruir el Juicio, se deba guardar el Derecho del Fuero en que se litiga; si en el Secular, el Civil; si en el Eclesiastico, el Canonico. Però en quanto à la decision del pleyto se debe atender al Derecho à que està sujeto el reo, ò aquel contra quien se moviò el pleyto. Si un Lego litiga contra Clerigo, el Canonico; si un Clerigo contra Lego, el Civil. Esto, no porque falten defensores, que en ambos casos se deba seguir el Derecho Canonico, fundados en texto, que les parece expreso (1). El Cardenal de Luca (2) elige un partido, que le es muy frequente en controversias dificiles; pues conociendo que la práctica de los Tribunales no concuerda con estas doctrinas generales, dice, y con razon, que esta materia no es susceptible de regla cierta. Todo lo que es capáz de ocasionar la mas confusa incertidumbre.

3º Los límites, y departamentos de estos Derechos no se guardan con tan rigurosa exactitud, que el uno no éntre alguna vez en el departamento del otro. De modo, que aunque estos Derechos sean en sí diferentes, se

Derecho Real, y Romano se disputan la autoridad en defecto de Canon.

(1) DD. in cap. *Quod Clerici* 2. de Foro competenti.

(2) Card. de Luca de *Judiciis*, disc. 36. num. 39.

ayudan, no obstante, auxiliandose en sus disposiciones de tal manera, que segun voluntad de nuestros Interpretes, à falta de uno, se observe el otro, aun en el Fuero que no le corresponde. Y asì, aunque el Derecho Canonico, por lo tocante à causas profanas, no tenga mas autoridad en España, que el Derecho Romano; esto se entiende en los casos, que haya Ley expresa del Reyno; pero en su defecto debe ser atendido. Mas ni aun en esto vãn conformes nuestros DD. diciendo unos generalmente se recurra al Derecho Canonico (1), remitiendonos otros absolutamente al Romano (2). Y finalmente, dejando otros la decision de esta controversia à la prudencia, y discrecion del Juez, para que entre estos dos Derechos abraçe el que le parezca mas justo, y equitativo (3). Es facil concebir los inconvenientes de esta incertidumbre, y jamàs dejarà de ser grande inconveniente la falta de certeza del Derecho que se deba observar.

En caso de obscuridad de alguno de los dos Derechos, Canonico, y Civil, es preferido el mas claro en ambos Fueros.

4º Es doctrina comun, que en el caso de hallarse dudoso alguno de estos Derechos, se siga el que estè mas claro. De modo, que si el Canonico està dudoso, y el Civil claro, este se debe seguir en entrambos Fueros. Si se halla el Civil dudoso, y claro el Canonico, este será atendido aun en el Fuero Secular. Pero

(1) D. Olea tit. 4. *quest.* 9. | 1. Tauri, num. 1. Parlador. num. 32. Barbof. in cap. 12. | d. different. 6. n. 4.

de Probation. num. 2. | (3) Olano Concordia Juris (2) Anton. Gomez in leg. | in Prefat. n. 7.

facilmente se conoce à quántas disputas estè sujeta esta doctrina en la práctica : debiendo preceder à la aplicacion de esta proposicion un pleyto sobre si la Ley , ò Canon está , ò no dudoso , ò claro.

5º Hay casos , en que la diversidad de fines , à que uno , y otro Derecho miran , hace su mayor oposicion , y diversa disposicion ; y como la razonabilidad de estos fines se puede encontrar igualmente en los dos Fueros , Canonico , y Civil , es entonces assunto de reñidas controversias , si el Derecho Civil deba entrar en el departamento Canonico ; y al contrario , el Derecho Canonico deba entrar en el departamento Civil.

Razonabilidad del fin de alguno de estos Derechos, hace su preferencia en los dos Fueros.

Sea exemplo la diversa computacion de grados de consanguinidad , ò parentesco , de que uno , y otro Derecho usa. Cada Derecho tiene su diferente modo de contar. El Canonico mide esta proximidad segun correspondia al intento de apartar el matrimonio entre aquellos , que el natural pudor , y decencia pide no se junten en semejante lazo. El Civil en su computacion de grados , no solo tuvo por fin el matrimonio , sino tambien la indagacion de la mayor , ò menor proximidad natural , segun convenia al orden de las sucesiones , y otras disposiciones , en que el mas proximo fuele excluir al mas remoto.

Exemplo en la diversa computacion de grados de consanguinidad.

Y aunque en linea recta de ascendientes , y descendientes no haya diferencia en entrambas computaciones , pues por entrambos Derechos se reputa , y con razon , en qualquier gra-

grado de esta linea toda commixcion nefaria; la hay mucha en la lateral, que omito por no fer de mi proposito, bastando saber, que segun la diversa computacion de estos Derechos, no solo dos personas diversamente entre si distan en grado de cognacion, sino que las mismas dos personas pueden distar diversamente de otra, y puede ser uno mas proximo por computacion Canonica, y no serlo por computacion Civil (1).

En el matrimonio no hay duda, que la computacion Canonica debe ser atendida en entrambos Fueros; pero como en el Fuero Ecclesiastico, además del matrimonio, se disputan otros asuntos, en que es preciso hacer computacion de grados, es entonces viva controversia si se deban regular por el Canon, ò por la Ley.

Incertidumbre de la computacion civil en el Fuero Canonico.

Esto sucede frequentemente en Capellanias, legatos, y otras piadosas disposiciones, en que es regular prefiera el Fundador para su obtencion al pariente mas propinquo. Acontece, que entre dos, ò mas parientes del Fundador, el uno le sea mas propinquo, segun los Canones, y no segun las Leyes Civiles. Se enciende un reñido litigio, en que es necesario pedir à nuestros Interpretes su sufragio. Toda la disputa consiste en averiguar si en estos casos el Derecho Canonico deba prevalecer al Civil, ò al contrario. Y para hacer visible la incertidumbre, que en esto hay, y que sirva como una similitud; y exemplar de otras, referiré los

(1) Fontanel. *decis.* 10. n. 15.

los diversos dictámenes de los Interpretes en el asunto.

Algunos, configuientes à que cada Derecho se atienda en su Fuero, dicen, que la computacion Canonica debe ser atendida en todo negocio, que se trate en el Fuero Eclesiastico, del mismo modo que la computacion Civil en todo lo que se trate en el Fuero Secular (1).

Porfian otros, que el Canon solo mira al matrimonio, no à otros asuntos; los que aunque se traten en el Fuero Eclesiastico, deben regirse por computo Civil, que es el mas natural, y que mejor demuestra la mayor, ò menor proximidad de sangre (2).

Otros parece conocen solo la mayor proximidad Civil por prelativa, en caso que la proximidad por computo Canonico sea igual con el Fundador (3).

Hacen otros grave fundamento en la qualidad, y estado del Fundador; si fuè persona Eclesiastica, ò Secular, para que en el primer caso se atienda la computacion Canonica, como que à este Derecho debió inclinar al Fundador el estado de su persona; no asì en el segundo, por la contraria razon (4).

Re-

(1) D. Covarrub. in lib. 4. Decretal. p. 2. cap. 6. §. 6. n. 8. Sanchez de Matrim. lib. 7. disp. 50. n. 8.	1. Variar. cap. 1. n. 54.
(2) Garcia de Benefic. p. 7. cap. 15. à n. 23. Cancer. lib.	(3) D. Perez de Lara de Annivers. & Capellan. lib. 2. cap. 3. num. 33.
	(4) Ceval. Comm. contra Comm. quest. 398. n. 30.

Reflexionan otros en las palabras de que usó el Fundador, si llamó à sus parientes dentro de cierto grado, v. g. dentro del quarto, ò llamó absolutamente el pariente mas proximo. En el primer caso pronuncian por el computo Canonico, como el mas vulgar, de que presumen habló el Testador. En el segundo caso fallan por el computo Civil (1).

Pretenden otros concordar estos dos computos, distinguiendo: ò el Fundador de la Capellanía, v. g. tenia hijos, y descendientes, ò no. En el primer caso, debiendo hacerse la computacion entre sus descendientes, siguen la computacion Canonica. En el segundo caso, en que debe hacerse la computacion entre los colaterales del Fundador, abrazan la Civil (2).

Se contentan otros, sin decidir cosa alguna, como es frequente entre los modernos, en referir lo que los anteriores Escritores dejaron dicho en el punto, sin determinarse por partido alguno, dejando à los que los consultan en la irresolucion que ellos tuvieron, añadiendoles el trabajo de sondear à què partido tuvieron mas inclinacion; para valerse de su autoridad en los lances que se ofrecen disputar (3).

De

(1) Cevallos, *se ipsum corrigens eod. tract. quest. 905.* num. 37.

(2) Mostazo de *Causis piis*, lib. 3. cap. 8. n. 45.

(3) D. Castillo *Contrav. lib. 5. cap. 67. num. 42.* D. Ortega ad D. Covarrub. in 4. *Decretal. part. 2. cap. 6. §. 6.* num. 11.

De todas estas , y otras doctrinas no puede originarse sino multitud de confusas consecuencias , siempre fatales à los litigantes, que no me parare en referir , por ser facil el concebirlas, y muy frequente su experiencia.

Poco menos disensiones causa el computo Canonico en el Fuero Civil , que las que hemos dicho causa el Civil en el Fuero Canonico. Acostrumbrados los hombres à este computo matrimonial , à cuyo fin miraron los Canones; y siendo tan frequente en sus conversaciones , como lo es , el matrimonio , hace concebir à nuestros Interpretes , que siempre que el hombre en qualquier disposicion habla de sus parientes en algun grado , lo entiende , segun la comun inteligencia , grado Canonico. Lo que muchos DD. entienden, no solo de disposicion privada de un hombre particular , sino tambien de la disposicion legal , conjeturando , que el Legislador acomodo sus palabras al comun uso , y mas vulgado computo.

Y asì , llamando la Ley del Reyno (1) al retrato de sangre : esto es , à poder el pariente mas propinquo del vendedor , dentro del quarto grado , tomar para si por el tanto la cosa vendida de patrimonio , ò abolengo , la entienden grado Canonico (2).

Porfian , no obstante , otros deberse entender

Incertidumbre del computo Canonico en el Fuero Civil

(1) Leg. 73. Tauri , fye 12. tit. 11. lib. 5. Recopil. | (2) Parlador. different. 109. §. 3. num. 16.

der grado Civil (1), porque las Leyes Civiles no deben entenderse de otro computo, que no sea Civil. Además de ser regla comunmente por todos recibida, que en la sucesion (à cuya imagen se hace el retrato) se debe seguir este computo (2).

Parece concordar otros esta disputa, diciendo, que el quarto grado se entienda Canonico en quanto à la extension de grados: esto es, que el llamamiento de parientes hasta el quarto grado no se restrinja à quarto grado Civil, v. g. à primos-hermanos, que es solo segundo grado Canonico; sino hasta el quarto grado Canonico, que es el octavo Civil. Pero entre los que concurren al retrato, disputandose de su mayor, ò menor proximidad, se régule segun la Civil graduacion (3).

Del mismo orden es, con las mismas disputas, y la misma perplexidad hay en quanto al termino, y grados de la sucesion intestada: para la que el Derecho Cesareo puso por termino el decimo grado, admitiendo despues el marido, ò la muger, y en defecto de estos el Fisco (4); con cuya disposicion es conforme la Ley de la Partida (5). Las Leyes nuevas señalan el quarto grado, dentro del que faltan-

(1) Cifuentes *in leg.* 73. Tauri, Matienzo *in leg.* 7. tit.

11. lib. 5. Recop. gloss. 5. n. 7.

(2) D. Covarrub. loc. cit.

n. 8. D. Cresp. observ. 96. à

n. 1. Antunez de Donat. Reg.

lib. 3. cap. 19. n. 44.

(3) Garcia de Beneficiis, p. 7. cap. 15. num. 27.

(4) §. fin. Institut. de Success. cognat. junct. novel. 118.

cap. Nullam 4.

(5) Leg. 6. tit. 13. part. 6.

tando parientes , parece hacen lugar al Fisco (1).

Sin embargo de ser esta una materia tan frecuente en la práctica , y en que debia haver la mas segura determinacion , se rebuelven en ella variamente los Interpretes , no solo en quanto à computacion de grados , sino en otras dificultades (2). Las mismas hay en averiguar à què grado se extienda , y què computacion deba ser atendida , quando un testador llama à alguna disposicion generalmente sus parientes (3). Dejemoslos entre tantas confusiones , y prosigamos otras entradas de diferente especie , que hacen los Canones en el departamento Civil.

Singularmente extendieron el Derecho Canonico sus Interpretes , dilatando sus limites , y introduciendole en el fuero , ò departamento Civil , en varios casos ; como es , quando la disposicion Civil es nutritiva de pecado ; pues entonces debe en ambos Fueros prevalecer la disposicion Canonica (4). Lo segundo en causas de personas miserables , ò dignas de compasion , como huerfanos , viudas , pobres , tambien se dice debe observarse el Derecho Canonico (5). Lo tercero , quando el Civil si-

Extension de los Canones à negocios Civiles.

H

gue

(1) Leg. 9. tit. 10. lib. 1. Recopil.

(2) Vide Ayllon ad Ant. Gomez , lib. 1. Variar. cap. 1. ad n. 9. D. Galind. in Phœnic. lib. 3. tit. 13. §. 7. prop. & glos. 2.

(3) Sanchez Confil. Moral. lib. 4. cap. 1. dub. 24. à n. 10.

(4) Fagnan. in cap. Cum esse , de Testament. n. 167.

(5) Novarius de Privil. miserabil. priv. 79.

que en su disposicion el extremo rigor, y el Canonico se funda en equidad, pues esta debe prevalecer en entrambos Fueros (1).

Aunque se haga mucha cuenta de estos enfanches, y podrian ser utiles en quanto al Derecho Romano, no parece sea necesario, sino para materia de mayores disputas, introducirlos en nuestro Derecho Real, cuyos Legisladores proveyeron à la salud publica sin riesgo de las conciencias de los particulares, y con toda la equidad, que puedan apetecer todo genero de personas.

Necesidad en los Profesores de instruirse en ambos Derechos.

De lo dicho hasta aqui se deja bien conocer la necesidad, que se impone à los estudiosos, aunque su inclinacion, ò empleò les llame solo al Derecho, y Fuero Real, de instruirse en los enormes, y confusos cuerpos de entrambos Derechos, y sus interpretaciones. De modo, que pudiendo apenas la vida del hombre ser suficiente para adquirir perfectamente una de estas Facultades, se le hace preciso cargar con entrambas, para que al ultimo ninguna de ellas llegue à poseer. Esta necesidad yá se hizo comun proverbio: El Legista, dice, sin Canones poco vale; el Canonista sin Leyes de nada sirve (2).

Coartacion de las Leyes Civiles.

Siempre nuestros Interpretes fueron escasos en ampliar el Derecho Civil fuera de los límites.

(1) Reiffenstuel in *Proœmio* | *bus nihil.* Fagnanus in *cap. Sum-*
ad *Jus Canon.* §. 12.n. 222. | *per specula. Ne Clerici, vel Mo-*

(2) *Legista sine Canonibus pa-* | *nachi, num. 30. Lotter. de*
rum valet; Canonista sine legi- | *Re benef. lib. 3. q. 7.n. 88.*

mites señalados ; de los que nunca quieren faltar , como se ha visto , sino en la penuria de Canon , que rara vez sucede ; pues la falta de Canon se compensa con interpretaciones ampliativas de otros : pero nunca sin el conflicto de controversias , y disensiones.

De esta misma estrechez , en que nuestros Interpretes encierran el Derecho Civil , sin concederle entrada en el Fuero Eclesiastico , se sigue otro caos de incertidumbres , que hará siempre gemir à los litigantes.

Aunque parezca en rigurosa exactitud , que las Audiencias Eclesiasticas no pueden omitir en la práctica de los Juicios la solemnidad introducida por los Canones , y que en el estilo de los procedimientos deban conformarse , en quanto les sea posible , con la Curia Romana , como Madre , y Maestra de las Curias inferiores , y à ella sujetas ; es cierto , no obstante , que acostumbrados los naturales del Reyno al orden , y metodo judicial , prevenido en Leyes Reales , y los mismos Curiales ; esto es , Jueces , Abogados , Procuradores , Escribanos , y Agentes de las Audiencias Eclesiasticas , instruidos para el exercicio de sus empleos en las Audiencias Reales , ò practicando al mismo tiempo en entrambas , comunmente siguen en las Audiencias Eclesiasticas la misma práctica en orden al Proceso , y estilo judicial , que se sigue en las Audiencias Reales. Lo que parece indispensable , no solo por su acostumbrada habitud , sino tambien por la dificultad que hay de practicar , y acomodar à nuestras cos-

Práctica Judicial , Civil , y Canonica complicada , y sus incertidumbres.

tumbres los Canones , que hablan del procedimiento judicial ; además de no ser comprensivos de todo lo que suele acaecer en tales procedimientos , en que la costumbre sirve frecuentemente de regla ; y sería muy penoso el atarearse à la práctica , y estílo de la Curia Romana , y averiguar en tanta variedad de casos , como suceden en el orden judicial , el estílo de dicha Curia , en que hay tambien no pocas incertidumbres : y ultimamente tanto mas difícil es à los Curiales de nuestras Audiencias instruirse en aquel estílo , quanto ni aun los Abogados de la Curia Romana saben, ò muy poco , de lo perteneciente à la práctica de los Juicios , segun lo assegura un buen , y ocular testigo de dicha Curia (1).

No obstante enseña la experiencia , que el Proceso hecho en España, apelado à Roma, vá con mucho riesgo de nulidad : esto es , de que se declare la sentencia , y todo lo hecho , y obrado *in partibus* por inutil. Esto con tanta frecuencia sucede , que yá es antiguo proverbio en boca de todos los Curiales Romanos: *Sententia in partibus : luego nula*. Lo que el Cardenal de Luca (2) atribuye al mismo principio de

(1) Card. de Luca de Judic. disc. 37. num. 22. *Quamvis, inquit, in Advocatis Curia, penè nulla, vel nimium modica esse soleat notitia eorum, quæ in praxi consistunt, cum in eis non se ingerant.*

(2) Card. de Luca loc. cit.

n. 25. *Ordinarii, seu Metropolitanæ, vel Legati, alique superiores, vel Judices Ecclesiastici in partibus agrè ferre solent appellationes ab eorum sententiis, quodque in Curia illa revideri debeant experiri fortè, quod, ut plurimum, ob ma-*

de la formacion de los Processos, segun las Leyes, práctica, y estilos de los Tribunales Seculares, sin conformarse con el Derecho Canonico, práctica, y estilo de la Curia Romana. Este mismo aviso nos dió antes Geronymo Gonzalez (1), Autor Español, y Abogado en la Curia Romana, asegurandonos, que la Rota estima en poco las sentencias, que se pronuncian *in partibus*, à las que regularmente deniega la execucion; aunque conste de cosa juzgada, si no reconoce los Autos, en cuya virtud se dieron.

Es verdad, que la Rota en los Processos, que ván por apelacion à su Tribunal, prudentemente se ha conformado muchas veces con las prácticas de las Audiencias Eclesiasticas de España; y lo hace, segun notò el señor Salgado (2), siempre que se haga constar del estilo de las Curias inferiores, en donde se formò el Proceso.

Pero yá se conoce, que para hacer constar la existencia de este estilo, será preciso reconocer las Leyes, y AA. Españoles; lo que no se hará sin dispendio: y si entre nuestros DD.

H 3

no

male servatum ordinem judicium, ex eo, quia sequentes stylum Curiarum laicalium, reflectere noluunt ad dispositionem Juris Canonici, vel ad imitandam eam praxim, quam imitari deberent, revocationem pati solent, ex capite nullitatis, adeo ut in Curia per ora prac-

ticorum volitet dictum: Processus de partibus: ergo nullus.

(1). Gonz. ad Regul. 8. Cancell. glossa 9. post §. 1. in annotation. contra nullitates, num. 1. cum seq.

(2) D. Salg. de Reg. protect. p. 3. cap. 9. à n. 242.

no se halla tocado el punto en terminos precisos, ò no hay uniformidad de sentimientos, ò no se explican con suficiente claridad, lo que acontecerà no pocas veces, ò por otro motivo, que las circunstancias del caso hará presente, y que no se dejarà de ponderar para hacer invencible la razon de que en el Fuero Canonico se deba guardar este Derecho; el Proceso peligra, debiendo observarse, como general regla, que las Curias Ecclesiasticas inferiores deben seguir, en quanto sea dable, la práctica, y estilo de la Curia Romana, como à su Metropoli (1). De donde proviene las frequentes declaraciones de nulidad del Proceso, de que el mismo Cardenal nos avisa.

En esto se puede échar de ver la misera suerte de los litigantes, que habiendo con mucho trabajo, y expensas conseguido sentencia favorable en el Reyno, luego que apelada la sentencia llega à Roma el Proceso, la pronuncian nula, teniendo que renovar el pleyto, para experimentar nueva fortuna, con nuevos, y crecidos gastos, y molestias en un Tribunal tan distante. El que ignore à quanto su-

ban

(1) Card. de Luca d. disc. 37. num. 20. Ex consuetudine erroris procedendi cum stylis, & cum praxi Tribunalium, seu Curiarum Sacularium, non advertentes, quod ipsi (Judices Ecclesiastici) regunt forum Ecclesiasticum, ideoque procedere non debent cum Jure Civili, seu

laicali, communi, vel particulari, sed cum Jure Canonico, atque, quantum fieri potest, se conformare cum praxi Curiae Romanae, utpote eorum Metropolitanae, & in qua in gradu appellationis agendum est de confirmatione, vel infirmatione eorum, quae ab ipsis gesta sunt.

ban estos gastos, no le será dificultoso hallar experimentados en propias causas, que le digan lo que en esto hay.

Tambien se puede echar de ver la materia, que encuentra para faciarfe la humana malicia. Pues el litigante injusto puede muy con fiadamente esperar, no solo el que se denie gue execucion à la sentençia, que contra el se diò en las Audiencias Eclesiasticas del Rey no, sino tambien el que se revoque por nul lidad del Proçesso, aunque substancialmente sea justa, y haya pasado en juzgado. Y assi, à falta de otro Derecho, halla modo con que afli gir à su contrario, para que ceda à lo menos à una composicion lucrativa. Todo lo que se ría evitable, habiendo en España un metodo fijo, constante, y comprehensivo del orden ju dicial, que se observasse en todos sus Tribu nales, Eclesiasticos, y Seculares.

La mas notable estrechez, que sufre el De recho Civil, y que ocasiona muy incomodas incertidumbres en el orden público, es la essen cion de las personas Eclesiasticas, tanto de las Leyes Reales, como de los sanos, y convenientes Estatutos de los Pueblos. Es facil concebir la alteracion, que en este punto deba causar qual quier incertidumbre en la Sociedad; pues com poniendose esta de personas de los dos estados, con direccion al bien comun, de que todos sus miembros participan, debe la comun utilidad padecer mucho, conduciendose por ideas di ferentes.

Essencion de
personas, y
negocios Ecle
siasticos de las
Leyes, y Esta
tutos Civiles.

Siendo el estado Eclesiastico miembro tan

principal de esta Comunidad; no debe reputarse estraña su sujeccion à las Leyes Civiles, cuya obligacion debiera considerarse tanto mas grave, quanto son las personas, que se llevan las mayores atenciones en los Pueblos, y cuyo estado de perfeccion, y santidad debe zelar, mas que otros, el bien público.

No se duda comunmente de esta obligacion: toda la dificultad está en el modo. Sin profundar en lo interior de las disputas, que en este asunto se ven entre los DD. solo notaré lo que sea necesario, para proponer con claridad una idea de esta incertidumbre, y sus consecuencias.

Fuerza directiva, y coactiva en las Leyes.

Dos fuerzas de obligacion constituyen en las Leyes los DD. Una *directiva*, por la que todas las partes, y miembros de un Pueblo se ven precisados à obedecer las justas providencias, que el Principe, à quien pertenece el cuidado del bien comun, toma à este fin, promulgandolas segun el ser, y solemnidad de Leyes. Otra *coactiva*, por la que los que resisten al obediimiento de la Ley son compelidos à ello con la pena por la misma Ley impuesta à los contraventores, ò que el Juez, segun las circunstancias de la contravencion, arbitrare imponer.

Leyes Civiles solo obligan à los Eclesiasticos en quanto à su fuerza directiva.

Supuesto que la Ley Civil sea justa en materia necesaria, y promulgada para todo un Pueblo, ò Provincia, en cosa comun à los dos estados Secular, y Eclesiastico, y en cuya observancia no hay indecencia, ni injusto gravamen en las personas de este estado; convienen

comunmente los DD. obliga à los Eclesiasticos en quanto à su fuerza *directiva*; aunque no en quanto à la *coactiva*: esto es, constituye en la conciencia de los Eclesiasticos obligacion de observarlas; sin que, no obstante, faltando à ellas, puedan ser compellidos, por la misma potestad, como à transgresores. (1)

Sin embargo del comun acuerdo de los DD. en lo que acabamos de referir, aún se buelve entre ellos à disputar, con muy reñida controversia, si esta obligacion, y fuerza *directiva* en la Ley sea *directa*: esto es, derechamente comprehenda à los Eclesiasticos; ò sea *indirecta*: esto es, que derechamente comprehenda à los Legos, y solo indirecta, ò obliquamente à los Eclesiasticos, como partes, y miembros de la República subdita à la Ley.

Algunos graves DD. no reconocen esencia alguna en los Eclesiasticos de las Leyes Civiles, en quanto à su fuerza de direccion; y se persuaden, que en el Principe reside en lo *directivo*, respecto de los Eclesiasticos, la misma jurisdiccion, que respecto los Seculares; y por consiguiente afirman, que la obligacion de la Ley Civil en los Eclesiasticos, en el modo dicho, es *directa*. (2) Esta doctrina pa-

Incertidumbres sobre si esta fuerza *directiva* obre *directè*, ò *indirectè*.

(1) Villarroel Gobierno Eclesiastico, part. 2. quest. 12. art. 5. à num. 31. DD. in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ 10. de Constitutionibus.

(2) Castro Palao cum pluribus Oper. Morat. tractat. 3. disput. 1. punct. 24. §. 6. num. 6.

parece en todo concordante con las Santas Escrituras, y Sagrados Canones (1).

Otros, no obstante, no se acomodan con este dictamen, y quieren que las Leyes Civiles no obliguen à las personas Eclesiasticas sino indirectamente, y en quanto dicta la razon natural que una parte de una Comunidad se conforme al todo. Y aunque en una, y otra sentencia se reconozca obligacion en los Eclesiasticos de conformarse con las Leyes Civiles, hay mucha distancia en el modo de esta obligacion, y mucha diformidad en las conclusiones prácticas, que de una, y otra sen-

(1) *Omnis anima sublimioribus potestatibus subdita sit: non enim est potestas, nisi à Deo, quæ autem sunt, à Deo ordinata sunt. Itaque qui resistit potestati Dei ordinationi resistit Ideoque necessitate subditi estote, non solum propter iram; sed & propter conscientiam.* Apostol. ad Roman. 13. & ad Titum 3. *Admone illos Principibus, & Potestatibus subditos esse dicto obedire, ad omne opus bonum paratos esse.* B. etiam Petrus 1. cap. 2. *Subditi igitur estote omni humana creatura propter Deum: sive Regi tanquam præcendenti, sive Ducibus tanquam ab eo missis, ad vindictam malefactorum laudem vero bonorum,*

quia sic est voluntas Dei, ut benefacientes, obtrunescere faciat imprudentium hominum ignorantiam. B. etiam Ambrosius relatus in cap. Magnum, cap. 11. q. 1. *Magnum quidem, inquit, est, & spirituale documentum, quo Christiani viri sublimioribus potestatibus docentur debere esse subditi, ne quis constitutionem terreni Regis putet esse solvendam.* Et Pelagius Papa relatus in cap. Satagendum 10. cap. 25. q. 1. *pariter ait: Satagendum est, ut pro auferendo suspicionis scandalo, obsequium confessionis nostræ legibus, (aliter Regibus) ministremus, quibus nos subditos esse, Sacra Scripturæ præcipiunt.*

sentencia se deducen. Y el orden, y bien público tanto adelanta en la primer opinion, como tiene riesgo de turbarse en la segunda.

Si la obligacion de la ley Civil es directa, inmediatamente estimula la conciencia del Eclesiastico, no pudiendo menos que reconocerla como superior, à cuya obediencia no puede faltar sin transgression. Y entendida en este sentido la fuerza directiva de la Ley, y en el mismo modo practicada por los Eclesiasticos, no es de echar menos la fuerza coactiva, ni la uniformidad, y tranquilidad pública pierde en ello alguna cosa; pues la Ley, en quanto à su coaccion, solo habla con los transgressores, no con las personas en todo dispuestas à su observancia, como se presumen los Eclesiasticos; en cuyo sentido tambien dijo el Apostol (1), que la Ley no estaba impuesta à los justos, sino à los injustos. Solo resta, que la experiencia corresponda en los Eclesiasticos à la esperanza, que se debe formar de su estado.

Efectos de la obligacion directa.

Si la obligacion es solo indirecta, no reside inmediatamente en la Ley la razon de obligar, sino en la conformidad, que deben tener las partes, ò miembros de la República con el todo. Esta obligacion será mas, ò menos grave, segun mas, ò menos deformidad natural se conciba en la no uniformidad de las partes

Efectos de la obligacion indirecta.

(1) *Sciens hoc, quia lex justo non est posita, sed injustis, & non subditis, impiis, & pecca-*

toribus, sceleratis.... 1. ad Timoth. cap. 1. v. 9.

tes con su todo, dependiendo mucho del Concurso de las circunstancias extrínsecas, y del concepto, que el mismo Eclesiástico haga de ellas (1).

Incertidumbre
de otro expediente en el
asunto.

Pareció à otros DD. hallar mejor expediente en esta dificultad, diciendo, que las Leyes Civiles tienen la razon de obligar à los Eclesiásticos en la tacita aprobacion de la Iglesia, y del Papa, como su Cabeza. Si esta doctrina se entiende extensivamente de que toda Ley Civil, promulgada segun la justicia, que dejamos propuesto, tiene su aprobacion por la Iglesia, para obligar à las personas Eclesiásticas; poco defiere en quanto al orden público de la doctrina, que conoce obligacion directa en las Leyes. Pero si dicha doctrina se limita solo à aquellas Leyes, de que el Papa se presume tener noticia, como las del Derecho Comun; no de las Leyes particulares de cada Reyno, ò Provincia, de quienes, como no puede presumirse tener Su Santidad noticia, tampoco pueda inferirse su aprobacion; entonces es esta doctrina la mas incierta, que pueda proponerse en el asunto (2).

Essencion de
los Estatutos
de los Pueblos,
y su incertidumbre.

La misma resistencia, que hallan las Leyes Civiles, quando se trata con personas Eclesiásticas, experimentan los Estatutos de los Pueblos, ocasionando las mismas, y aun peores incertidumbres. Aqui buelven las dificultades

(1) Vide cum aliis La-Croix
Theol. Moral. lib. 1. quest. 107.
n. 678. Remiss. Barbosa in
cap. 12. de Probat. n. 3.

(2) P. Suarez de Legib. lib. 3.
cap. 34. n. 13. & cum referens
Villarroel loc. sup. cit. à n. 36.
D. Vela dissert. 45. n. 43.

sobre su fuerza directiva, ò coactiva, causando en el progreso del bien comun los mismos estorvos.

La regla general de nuestros Interpretes es, que los Estatutos de los Pueblos no tienen fuerza en personas, y bienes Ecclesiasticos, una vez que no estèn confirmados por el Sumo Pontífice, con confirmacion, no como quiera, sino en forma expecifica (1).

Esta no obligacion de los Ecclesiasticos en observar los Estatutos de los Pueblos, solo tiene efecto, segun nuestros Interpretes (2), de que los tales Estatutos no le sean nocivos; pero de ningun modo tienen el que dejen de aprovecharse de ellos quando les sean favorables; porque el carácter Ecclesiastico no les extrahe de ser Ciudadanos, y partes de la República, para que dejen de gozar de las utilidades comunes, y deban ser de peor condicion, que los Legos.

Con dificultad convienen otros en esta conclusion, no pudiendo percibir cómo esta civilidad pueda producir tan diversos efectos, y que los Ecclesiasticos puedan ser Ciudadanos quando quieran, y dejen de serlo quando les parezca. Y así hallan mas conforme a debito de justicia, que eximiendose los Ecclesiasticos de lo que los Estatutos Laicales contengan de penoso, tampoco pueden pretender lo que atrahen de favorable; siendo dictamen de la

(1) *Ex cap. Ecclesia Sancta* | (2) *Card. de Luc. de Dote, Maria 10. de Constit. ubi DD. disc. 22. n. 16. & 17.*

razon natural , que deban ser participantes del consuelo los que lo son de la afliccion ; y quien comunica en las comodidades , deba participar de los incomodos (1).

Estadutos de
Policía econo-
mica.

La turbacion de la República en la desigualdad de obligacion de sus miembros en seguir las reglas de su gobierno, parece mas sensible en aquellas que miran mas inmediatamente à la policia economica, como lo perteneciente al reglamento de peso , y medida , precio de granos, viño , aceyte , y otras cosas vendibles : lo tocante à precaver su extraccion , y proveer à su abundancia : prohibicion de reventa, y comercio de pan , trigo , cebada , y centeno , (2) en que muchos DD. movidos del bien general , se explican en un modo , que no parece favorecer la libertad de los Eclesiasticos (3).

Otros , no obstante , son inmutables en su sistema de absoluta libertad , y solo reconocen en los Eclesiasticos la obligacion , que el Derecho Natural , y Divino les impone de arreglarse à lo justo (4). Y como no sea posible bor-

(1) *Sicut socii passionum estis, sic eritis, & consolatio- num. I. ad Corinth. cap. 1. Secundum naturam est commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. Leg. Secundum naturam 10. ff. de Regul. juris, Bovadilla Politica lib. 2. cap. 18. n. 308. Salcedo Pract. Crimin. cap. 55. vers. Sed ut.*

(2) *Leg. 19. tit. 11. lib. 5. Recopil.*

(3) *Morla Empor. p. 1. tit. 1. quest. 16. à n. 15. Fontanel. decis. 495. & 515.*

(4) *Barbosa in cap. 12. de Probat. n. 3. & in cap. Ecclesia Sanctæ Mariæ 10. de Constitution. n. 4. Salcedo d. cap. 55. vers. Non tamen.*

borrar de las imaginaciones de los hombres las razones de dudar, si el Estatuto, ò Ley está arreglado al Derecho Natural, y Divino, dependerá la obligacion del Clerigo del concepto, que èl mismo haga de su justicia, en que será dificultoso, que todos se conformen, y siempre quedará sin vigor la Ley, y Estatuto en quanto à los Eclesiasticos, quienes cumpliendo en lo interior con el dictamen de sus conciencias, segun la estrechez, ò ensanche de cada uno, quedan seguros, que la transgression no les atraherá en lo exterior la pena à que están sujetos los Legos.

Un exemplo, bastante vulgar, è inteligible, nos dará la prueba de la turbacion, que en el bien comun causa la incertidumbre de esta essencion.

Exemplo de esta incertidumbre.

Suelen los Pueblos tener ciertos Estatutos, observancias, y costumbres, para preservar sus Dehesas, Prados, Viñas, y otras heredas del daño, que en sus frutos, y producciones hacen las bestias, y ganados, por los que constituyen ciertas penas contra los dueños de los tales animales, que hagan daño. Parece no puede dudarse de la suma justicia de semejantes providencias; que por lo mismo, y mirada la utilidad comun, mereció la Real aprobacion (1), mandando se observen por los Legos, y Clerigos, con facultad de sacar prendas à unos, y otros en seguro de la pena del Estatuto.

Por

(1) *Leg. 12. tit. 3. lib. I. Recopil.*

Por mas clara que sea en este, y semejantes casos la utilidad pública, sensible el interés de entrambos estados, y manifiesta la Real aprobacion, nada de esto ha detenido à varios Interpretes para eximir à los Eclesiasticos de tales Estatutos, no escusando à los Jueces Seculares de incursion en excomunion, y otras penas canonicas, una vez que por sí mismos procedan à hacer efectiva la pena del Estatuto en los bienes de los Eclesiasticos (1); precisando à los damnificados à recurrir à los Jueces Eclesiasticos, no à repetir la observancia, y pena del Estatuto, sino el daño; ò por mejor decir, pretendiendo queden los Eclesiasticos essentos de pagarlo: pues rara vez se hallará quien quiera hacer recurso à las Audiencias Eclesiasticas, en donde (además de estar regularmente distantes de los Lugares en donde sucedió el daño) se procede con la lentitud que todos saben, y en donde es facil eternizar qualquier Expediente; y quando menos, es seguro se gaste en la dependencia mas que el interés principal.

Incertidumbres de algunas cautelas por los DD. en el propuesto exemplo, para conseguir de los Eclesiasticos la observancia del Estatuto, sin embarazarse con sus personas.

Quánta incertidumbre, y perplexidad haya en esto, se percibe bien por la variedad de cautelas, que en este mismo proposito se vieron precisados nuestros Interpretes à discurrir, como medios para conseguir pacíficamente el fin del Estatuto, sin incursion en las censuras, que los Jueces Eclesiasticos jamàs son escasos en fulminar (2).

Una

(2) Barb. in c. 10. de Const. n. 6. | (2) Vide Fontan. decis. 514

Una es retener los animales , que hacen el daño , para que ellos mismos lo paguen en su estimacion , seguros de que estos no declinarán la jurisdiccion Secular. (1) Pero esta cautela , que tanto unos Interpretes aprecian , otros desprecian ; porque el animal , dicen , es incapáz de parecer en juicio , y de defenderse ; y así no puede contra él darse sentencia (2).

Cautela primera.

Lo cierto es , que quando esta cautela sirva contra la excomunion *à jure* , no sirve contra la excomunion *ab homine* ; porque quando sucede este caso , los Eclesiasticos , viendo sus ganados retenidos , no se descuidan en solicitar Despachos con censuras de su propio Juez , y el miedo del cuchillo espiritual suele conseguir la libertad à sus prisioneros. Alguna vez , no obstante la tenuidad del interès , se encienden los animos à una costosa porfia de competencia de jurisdiccion , como las que refieren Gutierrez , Acevedo , Hermosilla , Carleval , Fontanela (3) , que tuvieron sus decisiones en las Reales Chancillerías de Valladolid , y Granada , y Real Audiencia de Barcelona.

Para evitar estas contiendas , hallan otros por mas seguro proceder contra los Pastores por el descuido que han tenido en guardar los

Cautela segunda.

I

ga-

- | | |
|--|--|
| (1) Gutierr. lib. 1. <i>Practic. quæst.</i> 4. | leg. 12. tit. 3. lib. 1. <i>Recopil. num. fin.</i> Hermosilla in |
| (2) Barbosa in cap. 10. de <i>Constitution. n. 10.</i> | leg. 3. tit. 5. part. 5. gloss. 1. num. 69. Carleval de Ju- |
| (3) Gutierrez dict. lib. 1. <i>Practic. quæst.</i> 4. Acevedo in | diciis, tit. 1. disp. 2. num. 157. Fontanel. decis. 514. |

ganados (1). Este arbitrio expone à menos gastos; pero ni es practicable en todos parages, pues no en todas partes, ni siempre hay Pastores de guarda, ni regularmente son de un abono suficiente para pagar sus descuidos.

Cautela tercera.

Discurrieron otros prohibir el pasto à las reses de los Ecclesiasticos hasta que estos den fianza lega de pagar los daños, que por los tales animales se ocasionaren (2). Esta cautela, que tiene apariencia de la mas segura, halla mucha dificultad en la práctica; y entre otras no es la menor, que el modo de prohibir el pasto à los ganados, es cogerlos, y retenerlos; en cuyo caso buelven las dificultades de la primer cautela, que expone à los Pueblos, y Jueces Seculares al rayo de la excomunion.

Es deplorable, que la justicia no se haga accesible, sino con semejantes cautelas, y sendas tan tortuosas; y que no se halle modo de concordar los dos estados en medios seguros, para que la justicia sea rectamente administrada, sin las turbaciones, que ocasionan tales ardidés, yá probados, yá reprobados, segun variedad de opiniones.

Essencion de providencias Civiles, y su incertidumbre

A los Estatutos de los Pueblos podemos juntar aquellas saludables providencias, que fueren tomar, en orden al bien universal, en que igualmente se interessan Ecclesiasticos, y Seculares, como el adorno, asseo, y limpieza de las calles, en que habitan, reparo de fuen-

(1) Fontanella *diff. decis.* (2) Balmaseda *de Collect. q.*
514. 19. n. 23.

fuentes , puentes , y calzadas comunes , custodia de montes , bosques , viñas , precauciones contra la langosta , y otros insectos nocivos à los frutos , y mas disposiciones de este orden de la misma comun utilidad (1) , en que la razon , y derecho natural està tan descubierto , que no puede dejar lugar à los Eclesiasticos de dispensarse de su observancia , y de la contribucion , que segun su interès les corresponda , aunque no conozcan otra potestad para obligarlos. Pero por mas constante que en lo general sea la obligacion de los Eclesiasticos en concurrir de su parte à estas públicas utilidades , siempre hay en los casos particulares gravísimas disputas , ocasionadas de las disensiones de los Interpretes (2) , con distinciones sutiles entre la contribucion , que se dirige primariamente à la utilidad de los particulares Eclesiasticos , y Legos ; y la que primariamente mira à la utilidad comun , aunque de allí recayga , ò se derive en los particulares de entrambos estados , para que en el primer caso deban contribuir igualmente con los Legos , y en el segundo solo verificada impossibilidad moral en estos.

Y quando en el caso particular , vestido segun todas sus circunstancias , no quede en que dudar sobre la obligacion , como no en todos

I 2

los

(1) Vide Bovadilla <i>Politica</i>	<i>clef. num. 14.</i>
<i>lib. 2. cap. 18. num. 273.</i>	(2) Vide DD. <i>in d. cap. Non</i>
<i>D. Gonzalez Tellez in cap.</i>	<i>minus , ubi D. Gonzalez nu-</i>
<i>Non minus 4. de Immunt. Ec</i>	<i>mer. 14.</i>

los Eclesiasticos hay la sanidad de intencion, que se debe desear, y que ojalá fueran mas raros los exemplos, que confirman aquel infame epiteto *genus avarissimum*, que algunos han merecido (1), y por lo mismo, necesitando via de compello para la contribucion, aún resta mucha incertidumbre sobre el modo, y competencia del Tribunal, que deba compe-
 ler los que reusan, ò se muestran tibios en concurrir à este bien comun. Reconociendo algunos Interpretes potestad en la mano Real de hacer en algunos casos efectiva esta obligacion en los bienes de los Eclesiasticos, cuyo sentimiento favorecen las Leyes Reales (2); y otros, no hallando modo compulsivo sino en la potestad Eclesiastica, mormurando contra aquellas Reales disposiciones, meditadas con la mas profunda reflexion por Professores peritissimos en las Sagradas Letras, y entrambos Derechos, que las dictaron despues de muy madura deliberacion (3): de que nacen largos, costosos, y dificiles pleytos con incidentes perniciosos, con que se turba la paz, se retarda el bien comun, y estas inquietudes dejan como impresso en los animos un horror à semejantes contiendas en lo venidero, aun en los casos mas corrientes, de tratar sobre tan saludables observancias, con lo que
 el

(1) Bovadilla *Polit. lib. 2.* | *Recopil. leg. 11. & 12. tit. 3.*
cap. 18. n. 309. Nigr de Lau- | *lib. 1. Recop.*

demio, quest. 4. art. 4. n. 19. | (3) Vide D. Castillo *de Ter-*

(2) *Leg. 19. tit. 11. lib. 5.* | *tiis, cap. 9.*

el bien, è interès comun queda sin remedio. Hasta aqui me ha trahido el enlace de los dos Derechos Civil, y Canonico, de que en el ingreso de este Discurso propuse tratar, y que no proseguirè por ahora mas; pues demostrada la raiz universal, bien se pueden conceptuar las incertidumbres, que deba producir en los casos particulares. Pero no será fuera de proposito digamos alguna cosa del estudio, que del Derecho Canonico se hace en las Escuelas. Despues que los estudiosos tomaron una buena indicacion del Derecho Cesa- reo, si su inclinacion, ò facilidad de sus comodidades los llama à la Iglesia, hacen por lo regular un muy superficial estudio de Canones. Este se reduce principalmente à la lectura, mas, ò menos reflexionada, segun la aplicacion del sugeto, de alguna Suma, ò Compendio sobre las Decretales de Gregorio IX. contentándose, por mucho adelantamiento, con saber la aparente oposicion de algunos textos de dichas Decretales, y de los otros cuerpos de Derecho Canonico, y Romano, y los modos de conciliarlos, con lo que se habilitan para trabajar algunas lecciones, que llaman de puntos; y se reducen, segun estilo moderno, à una combinacion de textos regularmente antiquados, ò sin uso, que parecen opuestos, ò se fingen tales, que es quanto necesitan para ser creados Doctores, y hacer Oposiciones à Prebendas; lo que hacen tanto mas facilmente, quanto con una media docena de lecciones (que llaman, y con razon, de

Estudio del Derecho Canonico.

alforja, porque en ella las suelen traer los Opositores del todo preparadas) tienen lo suficiente para leer sobre alguno de los textos, que pueden escoger entre los que caen en los tres piques, que se dan en los libros de dichas Decretales; sin cuidar mucho si la lectura viene, ò no viene al texto, como haya alguna apariencia de ello; y lo que hace mas al caso, buena satisfaccion en el Opositor, para que sobrefalga una plausible exterioridad. Comunmente poco hay que rezelar en el Concurso, cuyas atenciones (aun de la mayor parte de aquellos à quien toca decidir sobre la idoneidad del sugeto) solo se dirigen al ayre exterior, sin poder penetrar mas adentro.

El que no tuviese aun habilidad para hacer este genero de lecciones, si no desconfia de su memoria, no tiene que afligirse, y aun le sale mas barato, usando de otras, que hay del todo preparadas manuscritas, è impressas. Saliendo bien de la lectura; esto es, no enmudeciendo en la Cathedra, hablando en latin bueno, ò malo, los argumentos que se siguen de los Opositores, como pequeñas tempestades, al sonido de confusas voces se disuelven; y el exito mas honroso con la mayor parte de los asistentes suele ser de aquel, à quien la naturaleza diò voz mas sobrefaliente. Tambien se estila la relacion, y defensa de un pleyto, ò una mera ceremonia de exercicio practico. Si se logra el tiro de la pretension, se facilita un perpetuo desenfado de las espinosas tareas de Jurisprudencia, y una dis-

posicion para superiores conveniencias.

Como haya la capacidad, y corto estudio, que se necesita para el lucimiento en semejantes actos, es para quanto se creen servir las Escuelas; y sin ellas tambien se suele adquirir esta gran literatura. Esto no es decir, que en las Escuelas no haya hombres verdaderamente literatos, y que las Iglesias no premien muchas veces con sus rentas el merito de una consumada literatura, que acontece concurrir entre los Opositores, y solo es referir el regular producto de las Escuelas.

No se hace cuenta en ellas (y rara vez despues) de serio estudio en la Historia Ecclesiastica, y Concilios, sin lo que todo estudio de Canones no es mas que cargar la memoria de un monton enorme de Decretos, sin la conveniente, y razonable critica para discernirlos, ni poder entender la ligacion, que tienen entre si, ni los motivos, que han dado causa à su establecimiento, ni las razones por que el tiempo hizo variar su decision, ni el origen de diversidad de costumbres en diferentes Iglesias, que han motivado diversidad en los Estatutos; ni ultimamente se pueden hacer cargo del espiritu, que anima las determinaciones de los antiguos Padres de la Iglesia, ni lo que puedan conducir para la práctica.

Verdadero estudio de Canones.

Tampoco se hace cuenta de otro estudio, ménos en verdad deleyable, pero mas lucrativo, que el precedente: esto es, de Canones prácticos; quiero decir, de aquellos, que actualmente tienen exercicio en los Tribuna-

Estudio Práctico-Canónico

les. Pero à la verdad, de estos Canones, no solo faltan libros metódicos, mas aun dispersos no se encuentran, sin mucha dificultad, y trabajo, dependiendo de Constituciones de los Sumos Pontífices, de las que hace yá cerca de trescientos años no se insertò alguna en los cuerpos de Derecho Canonico, que se explican en las Escuelas: de Declaraciones de la Sagrada Congregacion de Cardenales: de decisiones modernas en multitud de casos, que ò no la tienen por Derecho, ò la tienen dudosa por su variedad. Todo lo que es preciso indagar entre infinidad de libros con mucha fatiga, y trabajo, además del mucho coste que tienen, y que no todos pueden soportar.

Todo este estudio se reserva para la práctica: esto es, para aquel tiempo, que se exerce la profesion, ò como Abogado respondiendo à los Consultantes de su justicia, ò como Juez decidiendo por sentencia los casos controvertidos: y estos empleos, que suponen al sujeto instruido en lo perteneciente à su profesion, vienen à ser las Escuelas, en que principian à instruirse del verdadero Derecho practicable, para que no haya que admirar de los consejos tan disformes, y que costosamente pagan los litigantes, y de las molestias que reciben con indiscretas, y no pocas veces irrisorias sentencias, viajando con recursos à los Tribunales Superiores, tanto Eclesiasticos, como Seculares, en donde frecuentemente se declaran por violentos los procedimientos de aquellos.

Los que despues de los Cursos en las Uni-

versidades no exercitaron emplèò , que les obligasse à este estudio , son en la Facultad Canonica lo mismo que hemos dicho de los Profesores del Derecho Romano , que no hicieron ulterior estudio en las Leyes del Reyno; pues al modo que estas son el complemento del estudio Civil , lo son tambien del Derecho Canonico las Constituciones , y decisiones modernas , que andan dispersas fuera del cuerpo de los Canones ; (aunque con la diferencia , que las Leyes Reales se hallan mas unidas , su certeza mas segura , y su adquisicion mas facil) por lo que al modo que el Profesor en Derecho Cesareo en Universidad , sin ulterior estudio del Derecho Real , debe quedar para bien de la Republica en perpetua inaccion ; assi tambien el Professor de Canones en Universidad , sin ulterior exercicio para bien de la Iglesia.

Sin embargo , por superficial que sea el estudio , que de los Canones se hace en las Universidades , conduce muchissimo para la práctica ; y son sin comparacion mas deplorables aquellos Jueces , y Abogados , que nunca hicieron otro estudio sobre los Canones , mas que el que les motivò la casualidad de dár expediente à los casos ocurrentes , de quienes es facil inferir quanto de ello se deba esperar.

Utilidad del estudio Escolastico.

DISCURSO III.

REFLEXIONES GENERALES

sobre el Derecho Real.

ES configuiente hablemos de las incertidumbres en general de nuestro Derecho Real, no yá complicado con el Romano, y Canonico, como en los Discursos precedentes, sino considerado en sí mismo; para lo que debemos acordarnos de las partes de que se compone, y hemos referido en su Historia. Como este Derecho no nos toca tan inmediatamente, es justo el que nuestras reflexiones, aunque generales, particularicen mas las materias.

Què partes de
Derecho Real
tengan autori-
dad de Ley.

Pareciera increible, si no se experimentára, el que no estemos fixos del grado de autoridad, que tengan estas diversas partes de Derecho. No hablaremos del Derecho Gothico, ò Fuero Juzgo, yá enteramente desusado, en lo que no se renovò despues por Leyes particulares.

Si atendemos à la Prefación de la Nueva Recopilación, parece, que solo tres diferencias de Leyes tienen autoridad en este Reyno; es à saber, las de la Nueva Recopilación, las del Fuero Real, y las de las Siete Partidas: mas con esta diferencia, que la autoridad de las Leyes recopiladas es absoluta, y de primer orden; pero las del Fuero, y Siete Partidas gozan solo de autoridad subsidiaria, ò en defecto de Ley,

Ley recopilada, segun el orden, y casos prevenidos en la Ley primera de Toro, tambien recopilada (1), à que es referenté dicha Prefacion.

De que se sigue, que los libros de Ordenamiento Real, no tienen ya autoridad de Ley, como ni la tienen otras Leyes particulares, antes, y despues de dicho Ordenamiento promulgadas, y no incluidas en la nueva Coleccion. Además de ser esto claro por la dicha Prefacion, lo siente asì el señor Olea, y señor Larrea (2), y los DD. mas clásicos.

Incertidumbre de autoridad del Ordenamiento Real.

No obstante, es bien comun entre los Interpretes tratar del Ordenamiento Real, como de Leyes de viva observancia. Y hubo quien las expuso con largos comentarios despues de impressa la Recopilacion Nueva. (3). Y aun actualmente se alegan, no solo en comprobacion de las recopiladas, sino como decisivas de algunos casos particulares, no comprendidos en aquellas; y no solo esto, sino que por las Leyes del Ordenamiento Real se interpretan, restringen, y amplian las de Toro; y recopiladas aun en asuntos en que estas hablan con la mayor precision, y claridad.

Sirvanme de exemplo en este asunto una bien conocida Ley de Toro, que expresa-mente dispone, que la accion, u obligacion

Exemplo.

(1) Leg. 3. tit. 1. lib. 2. num. 4. D. Larrea allegat. 37. Recop.

(2) D. Olea de Cession. tit.

2. quest. 4. addic. post n. 51.

num. 4.

(3) Doct. Didacus Perez.

personal se prescribe por veinte años , y no menos (1). Esto es , que si uno debe à otro por obligacion personal cien doblones v. g. y el acreedor no pide en veinte años , le obsta este largo silencio , concurriendo las mas circunstancias de la prescripcion para pedir esta deuda. En este mismo caso una Ley del Ordenamiento Real havia señalado por termino de esta prescripcion solos diez años (2). Parece conforme à lo que llevamos dicho de la autoridad de las Leyes Reales , que la del Ordenamiento fuè derogada por la de Toro. Y por consiguiente debiamos afirmar , que ninguna obligacion personal puede ya prescribirse por menos tiempo que veinte años , como lo fienten graves DD. No obstante , Antonio Gomez , (3) Autor , cuya comun reputacion le ha gran-geado el nombre de Maestro , y en cuyas Obras los iniciados en el Derecho Real suelen hacer un serio estudio , asegura , que estas dos Leyes deben conciliarse de un modo , que la posterior no derogue à la primera , y entrambas subsistan en diversos casos ; los que este Autor facilmente halla , diciendo , que el menor termino de diez años proceda quando la obligacion se contiene en alguna cedula , ò papel simple ; y el termino de veinte años quando de la tal obligacion hay Escritura pública ; con lo que iguala en autoridad las dos Leyes,

fin-

(1) *Leg. 63. Tauri , fve 6. Ordinam.*

tit. 15. lib. 4. Recop.

(3) *Anton. Gomez in leg.*

(2) *Leg. 3. tit. 13. lib. 3. 63. Tauri , n. 2.*

fingiendo à cada una diverso caso. Este modo de conciliaciones es muy comun en nuestros Interpretes, aun con Leyes de menor autoridad para con nosotros, que las del Ordenamiento Real; como son las Cesareas, para de todas hacer un compuesto ininteligible, sin determinacion autoritativa, en que debamos fijarnos.

En quanto al orden que se deba seguir entre las Leyes Reales, y què preferencia tengan unas sobre otras, tambien està dada regla cierta en dicha Prefacion à la Nueva Recopilacion, referente à la citada primer Ley de Toro: segun la que las recopiladas no ceden su autoridad à otra alguna anterior, se siguen las del Fuero, en lo que en cada lugar se acostumbraron usar, y nada mas. En defecto de éstas, tienen cabida las Leyes de las Siete Partidas.

Graduacion autoritativa entre las partes del Derecho Real.

Por mas que este orden sea claro, aun no està sin confusion en nuestros Interpretes, anteponiendo el citado Maestro Antonio Gomez las Leyes de las Siete Partidas à las del Fuero. (1) La autoridad de este Escritor es en esta parte tanto mas perjudicial, quanto mas veneranda; y aquellos, que mas oyen à los Interpretes, que à las Leyes (lo que es muy comun) se hallan en estado de disputar eternamente sobre la autoridad, y graduacion de las Leyes del Reyno.

Hablarèmos ahora separadamente de estos tres

(1) Anton. Gomez in leg. 1. | Tauri, num. 1.

tres cuerpos de Leyes Reales de autoridad conocida: esto es, de la Nueva Recopilacion, Fuero Real, y Siete Partidas.

Nueva Recopilacion.

Y en quanto à la Nueva Recopilacion, no parece tenga cosa, que en general resista à su autoridad, sino el tiempo, que todo lo pierde, y destruye: quiero decir, el no uso, è inobservancia; ò por hablar mas propriamente, la contraria costumbre en muchas de sus Leyes. Pero siendo la costumbre una especie de Derecho, que se llama no escrito, de ella hablaremos en un Discurso separado, à cuyo tiempo tambien diremos quanto sea su valor contra las Leyes recopiladas. Dejando, pues, estas, que son las de primer orden, passemos à las del Fuero, que ocupan el segundo.

Autoridad de las Leyes del Fuero pende de la prueba de su observancia.

Estas, como hemos dicho en su Historia, solo tienen fuerza de Leyes en quanto tengan observancia en los Lugares en donde se alegan. Debieran tener estas Leyes la especialidad de no necessitar de Interprete, pues recibiendo todo su ser de la costumbre, segun la extension de ésta, assi debia ser la de la Ley, como juiciosamente lo notò el señor Galindo (1). Pero no solo tienen, como todas las demás, sus Interpretes, que difusamente las explican, sino tambien, que mas que otras exponen à mayores precipicios, gastos, y molestias.

Incertidumbres de esta prueba.

Pues què mayor molestia, que quedar la autoridad de estas Leyes subordinada à la prueba, que se haga de su observancia? En que en-

(1) D. Galind. Phœnic. lib. I. | tit. I. §. I. prop. & gloss. 3.

entran tanta variedad de dificultades, como es, à cuyo cargo este esta prueba: si incumba al que alega la Ley, ò à aquel contra quien se alega. El primero funda su intencion en la Ley, y dice, que à su contrario incumbe el probar no tiene observancia. El segundo se defiende, alegando, que la Ley del Fuero tanto vale, quanto es costumbre que valga; y que al que la alega incumbe la prueba de su observancia. Ambos sentimientos tienen sus patronos (1).

Resuelta esta controversia, como comunmente se resuelve, contra el que alega la Ley, (2) àun restan otras no leves dificultades sobre el modo de esta prueba: como si ha de ser con el mismo rigor, que se practica con otra qualquier costumbre no escrita; ò si se ha de mitigar algo de aquel rigor (3), y sobre su suficiencia, ò insuficiencia; debiendo recaer esta prueba, no como quiera sobre la observancia de la Ley en general, sino sobre su precisa observancia en el caso vestido de todas las ocurrentes circunstancias (4).

De todo lo que se hace claro, que en los casos de las Leyes de conocida observancia debe reducirse regularmente la controversia à un solo pleyto: esto es, sobre adaptar la Ley al caso; pero en los casos de las Leyes del Fuero deben ser dos: el uno sobre si hay Ley, ò lo que

(1) Apud Sanchez de Matrimon. lib. 6. disp. 1. n. 5.

(2) D. Gregor. Lopez in leg. 7. tit. 2. part. 1.

(3) Gutierr. lib. 2. Pract. quest. 93. n. 4.

(4) Ut infra Disc. 5.

que es lo mismo, si está en práctica su observancia: el otro sobre su aplicación à la controversia. Y siendo tan formidable uno solo, cuánto mas dos?

Incertidumbre de la asseritiva de los DD. de estar alguna Ley del Fuero en observancia.

Parece podria esperarse algun alivio en la assertiva de los Doctores, quando aseguran estar alguna ley del Fuero admitida por costumbre, como lo hacen algunas veces. Pero este no es seguro, que releve de prueba; porque la assertiva de un Doctor, solo sirve, segun nuestros Interpretes, de hacer alguna presuncion, y esto solo en el lugar en donde escribe, y estuvo presente; no fuera de sus terminos (1): y así, de poca satisfaccion fue alegar en caso práctico à Gutierrez (2), y otros (cuya doctrina mas turbò, que declaró Cevallos) (3) para probar con la assertiva de este Doctor està recibida generalmente en el Reyno la costumbre de que el lecho, ò cama quotidiana de marido y muger se dé, muerto el uno, al que sobreviva, segun la ley del Fuero (4). Y en este, y semejantes casos, en que el interés no llega à cubrir una ligera porcion de los gastos, que se necesitan hacer para probar el uso de la ley, es mas seguro partido renunciar à su beneficio.

Aunque nuestros Interpretes eximen de prueba algunas Leyes del Fuero, hablan con tanta in-

(1) Acevedo in leg. 3. tit. 1. | q. 93.
 lib. 2. Recopilar. num. 9. Ce- | (3) Cevallos dict. q. 1. à
 vallos Commun. q. 1. à n. 2. | n. 4.
 (2) Gutier. lib. 2. Pract. | (4) Leg. 6. tit. 6. lib. 3. Fori.

incertidumbre, que en la práctica se hacen ^{Incetidum-}
 ininteligibles. Si la ley del Fuero se halla in- ^{bre sobre la}
 ferta en otro cuerpo de Leyes, que no neces- ^{essencion de}
 sitan para obligar prueba de su observancia, ^{algunas leyes}
 no parece que yá la necesita la tal ley infer- ^{del Fuero en}
 ta: pues aunque originalmente retenga el nom- ^{la prueba de}
 bre de ley del Fuero, y apropiadamente no se ^{su observan-}
 llama así, sino con el nombre del cuerpo en ^{cia.}
 donde se insertò, v. g. de las Partidas, ò de
 la Recopilacion, de donde toma su autoridad;
 aun, no obstante, se reconoce en esto entre
 los DD. mucha variedad. Parece que à ningun-
 as otras Leyes compete mejor esta essencion,
 que à aquellas, que aunque originariamente
 del Fuero se insertaron en la Nueva Recopila-
 cion, como lo resuelve, aunque no sin con-
 troversia, Acevedo (1). Y aunque parece esta
 doctrina en su generalidad comun sentir de los
 AA. hay en los casos particulares reñidas con-
 troversias:

Acerca de lo que se me ocurre un caso
 muy frequente en la práctica de la posesion
 de año, y dia, con titulo, y buena fé, que liberta
 el poseedor de responder en Juicio possessorio
 segun la disposicion de la Ley del Fuero,
 que se insertò en la nueva Recopilacion (2);
 cuya Ley, sin embargo de las dificultades,
 que sobre ella hallò el señor Covarrubias (3),

Exemplo:

K de-

(1) Aceved. in leg. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. n. 12.

(3) D. Covarrub. in Regul. Mala fidei possessor. part. 2.

(2) Leg. 1. tit. 12. lib. 3. Fori. five 3. tit. 15. lib. 4. Recop.

S. 11. num. 7.

defiende por justa Parladorio (1), añadiendo, que estando inserta en la Nueva Recopilacion, debe sin duda ser practicada. Y el Maestro Antonio Gomez (2), sin ofrecersele duda alguna sobre su observancia, la explica como derogatoria del Derecho Romano. Otros, no obstante, no se acomodan con este sentimiento; y sin embargo de la insercion, que de dicha Ley se hizo en la nueva coleccion de Leyes, y la comun doctrina, que deo referida, piden la misma prueba de su uso, y práctica, como de otras, que no se insertaron (3), en que se puede echar de ver la incertidumbre.

Incertidumbre en eximir de prueba de observancia las Leyes del Fuero aprobadas por las del Ordenamiento Real.

Mas confusion embuelve la autoridad, que con el señor Gregorio Lopez (4) algunos conocen en las Leyes del Fuero, quando están aprobadas por las del Ordenamiento Real, como que entonces no sea necesario probar su uso.

Pues no teniendo las Leyes del Ordenamiento Real, que no se insertaron en la Nueva Recopilacion, autoridad legal; autorizar el Fuero por el Ordenamiento Real, es pretender vivificar unas leyes por otras, que no tienen vida; o à lo menos, es constituirnos en una perpetua incertidumbre sobre la autoridad de nuestras Leyes: incertidumbre, que este fa-

(2) Parlador. lib. 2. Quotidian. cap. 5. n. 27.

(2) Anton. Gomez in leg.

45. Tauri, n. 102. in fine.

(3) Aceved. in d. leg. 3. tit.

15. lib. 4. Recopil. n. 1. D. Vela dissert. 48. n. 7.

(4) D. Gregorio Lopez in leg. 42. tit. 13. part. 5.

num. 3.

moso Interprete , como el mismo nos asegura (1) , tuvo cuidado de evitar , no solo notando con mucho cuidado en sus glossas las diferencias entre el Derecho Real , y Romano ; sino tambien no citando las Leyes del Fuero , sino en casos de notoria observancia , apartando toda ocasion à sus Lectores de equivocarse en abrazar como Leyes las que no son sino escritas costumbres : cautela , que por no haver observado otros , indujeron à error à sus lectores.

En la confusion , que acabamos de notar , es inculpable el señor Gregorio Lopez , haviendo escrito en tiempo en que las Leyes del Ordenamiento Real eran de autoridad conocida ; pero son indisculpables los que al presente pretenden seguir la desnuda letra de este Glossador ilustre , sin discernimiento de tiempos , ni edades.

Mucho mas aun turba el orden legal el dár vigor à las Leyes del Fuero por las Romanas : de modo , que la Ley del Fuero , que concuerda con el Derecho Romano , ò lo que aun es menos , con comun sentencia de los Interpretes del Derecho Romano , no necesita mas prueba para que tenga fuerza de Ley. Pues no teniendo el Derecho Romano , ni menos su interpretacion , autoridad de Ley en este Reyno , menos puede autorizar las Leyes del Fuero , que están desnudas de otra autoridad mas de la que les comunica el uso,

Mayor incertidumbre en eximir de dicha prueba las Leyes de Fuero , que concuerdan con el Derecho Romano.

K 2

y

(1) D. Greg. Lop. in leg. 28. § tit. 15. p. 7. num. 15.

Exemplo.

y costumbre, que debe probarse. Pongamos un exemplo de este desorden. Siempre se observò como maxima legal de conservar à los hombres en los ultimos instantes de su vida la libertad de disponer de sus cosas; por lo que siempre las Leyes procuraron cortar los estorvos que impidiesen esta libertad. Tambien cuidaron de que la esperanza de heredar un hombre à otro no diese motivo à desearle la muerte, y mucho menos à maquinarla: por esso, entre otras varias disposiciones prohibieron todo pacto, en que uno se obligasse hacer à otro su heredero (1).

Entre otras dudas que se formaron sobre esta prohibicion, fuè, si comprehendia los pactos reciprocos de succession: esto es, el pacto en que dos se convienen, en que el que sobreviva ha de ser heredero del otro. En esto los Interpretes, segun su costumbre, vãn dispuestos por varias rutas.

Algunos, aun conociendo la prohibicion del pacto reciproco de succeder, exceptúan marido, y muger, entre quienes el amor conyugal se cree no dà facilmente lugar à que se deseen la muerte (2). A esta sentència favorece una Ley del Fuero (3), con tal, que el pacto se haga despues del primer año de casados, para impedir, que el reciente amor conyugal ten-

(1) Ex leg. *Eo instrumento* 4. *Cod. de Inutilibus stipulation.*

(2) Aguila ad Rojas de *Incompat. part. 1. cap. 7. num.*

74. Barbosa *Collect. in leg. Licet inter privatos*, *Cod. de Pactis.*

(3) *Leg. 2. tit. 6. lib. 3. Fori.*

tenga mas parte en este pacto , que la prudencia , conque debe cada uno elegir successor à sus bienes despues de sus dias. La Ley de la Partida (1) , conforme , y aun mas expresiva , que otra ley Cesarea (2) , decide generalmente contra semejantes pactos , à lo menos quando son comprehensivos de todos los bienes , exceptuando solo en su decision à los Militares , quando se disponen entrar en batalla. El Glossador de esta Ley no se atreviò à ponerle la excepcion de marido , y muger , ni menos hizo memoria de la citada Ley del Fuero ; antes bien el señor Galindo (3) sostiene , segun los terminos de dicha Ley de la Partida , ser de ningun momento semejantes pactos reciprocos entre marido , y muger.

Entrò en esta lid el Doctor Gutierrez (4) , à quien siguen , entre otros , Cevallos (5) ; y abrazando el sentimiento en favor de marido , y muger , y limitandolo , segun la Ley del Fuero , despues del primer año de casamiento , asegura , que esta Ley no necesita prueba de su uso , por ser conforme al comun sentir de los Interpretes del Derecho Romano.

De modo , que el Derecho Romano , y aun no éste , sino la extension que de él hagan algunos de sus Interpretes , concordando con la

K 3

Ley

(1) *Leg. 33. tit. 11. p. 5.*

& gloss. 5.

(2) *Leg. Licet inter privatos*
19. *Cod. de Pactis.*

(4) *Gutierr. de Juram. confirm. p. 1. cap. 3. n. 25.*

(3) *D. Galind. in Phœnic.*
lib. 3. tit. 6. cap. 2. §. 4. prop.

(5) *Cevallos Comm. contra*
Comm. q. 140. n. 11.

Ley del Fuero , dispensa à ésta de la prueba de su uso , y observancia , y le antepone à las Leyes de las Siete Partidas. En que no puede hacerse mas visible la incertidumbre , y mas manifesto el desorden , autorizar unas Leyes por otras , que no teniendo autoridad alguna , ni por consiguiente pueden comunicarsela , y aun no solo por estas , sino por su controvertida interpretacion.

Incertidumbre
en quanto à la
autoridad de
las Leyes del
Estilo.

En quanto à las Leyes del Estilo , algunos las reputaron por antiquadas , y sin vigor , ni uso ; pero su Comentador Paz (1) , no solo reivindica su autoridad , sino que las pone en mayor graduacion , que las simples leyes del Fuero , cuyo valor depende , segun queda dicho , de la prueba de su uso ; de la que en la opinion de este Interprete no necesitan aquellas. Se conoce bien quánta oposicion haya entre estos dictámenes ; y quando de ellos nos desembaracemos , no podemos evitar las dificultades , que experimentan las Leyes del Fuero , de las que las del Estilo son , como hemos dicho en su Historia , declaratorias (2). Por lo que , segun el comun sentir , la autoridad tambien de estas Leyes pende de la prueba , que se haga de su uso , y práctica (3).

Podia aqui detenerme la dificultad , ò dificultades sobre la interpretacion de las Leyes del

(1) Paz *ad Leges Styli in rubrica*, par. 1. à num. 37. & 66. (2) *Vide supra lib. I. disc.* (3) D. Vela *dissert.* 2. à n. 80. Aceved. *in leg.* 3. tit. 1. lib. 2. *Recop.* n. 11.

del Fuero, que no debe medirse por la interpretacion general de otras Leyes, no siendo aquellas propriamente Leyes, sino escritas costumbres; pero haviendo de hacer un Discurso especial de la costumbre, y su interpretacion; de lo que alli dijéremos, facilmente se concebirá la incertidumbre inevitable de las Leyes del Fuero.

Incetidumbres en la interpretacion de las Leyes del Fuero, y Estio.

Yá es tiempo tratemos del tercer miembro de nuestro Derecho Real, que son las Leyes de las Siete Partidas. Estas hemos dicho en su Historia son, por lo regular, conformes al Derecho Romano, y Canonico, lo que ocasiona su mas notable confusion, è incertidumbre.

Autoridad de las Leyes de las Siete Partidas.

El señor Covarrubias (1) siente, que el motivo principal del Legislador en publicar estas Leyes, fuè el dár à su Reyno en lengua vulgar, para su mejor instruccion, un cuerpo de Leyes facadas de las reglas, y establecimientos de entrambos Derechos. Consiguientemente afirma, que siempre que las palabras de estas Leyes lo permitan, deben ser reducidas al Derecho Romano, y Pontificio; sin que debamos pensar el que contengan cosa contraria à estos Derechos. De este propio dictamen es el señor Gregorio Lopez, quien glossando una Ley de la Partida (2), que expressamente deroga al De-

Complicacion de estas Leyes con las Romanas, y Canonicas, y su consiguiente incertidumbre

K 4

re-

(1) D. Covarrub. *Variar. resolut. lib. 1. cap. 14. n. 5.*

titarum corrigant jus commune: nam cum hoc Lex Partitarum voluit, id expressit ut hic vides. D. Greg. Lop. in leg. 9. tit. 4. p. 6. verb. Mudar.

(2) *Multum, inquit, nota istam legem, ut caveas multum in dicendo, quod aliquando Leges Par-*

recho Romano, exclama, advirtiendo, que se note con mucho cuidado esta Ley, para que no venga alguna vez en pensamiento, el decir que las Leyes de las Siete Partidas corrigen al Derecho Comun; pues quando esto sucede, la misma Ley lo expresa. Consequiente à esta doctrina, el mismo Autor en las doctas glosas, que hizo à estas Leyes de las Siete Partidas, demuestra muy especial cuidado, no solo en corroborarlas, extenderlas, y limitarlas con el Derecho Romano, sino tambien en concordarlas en los casos en que parece haver alguna dissonancia; y alguna vez, no tanto haciendo de Interprete, que de Adivino, como èl mismo lo confiesa (1), y lo notò Parladorio (2). Y esto todo en la idea de que quando las Leyes de las Partidas no lo expresan, no es su intencion derogar al Derecho Comun, antes si deben ser suplidas, limitadas, y entendidas, segun el Derecho Romano, y Canonico. Este es el sentimiento unanime de nuestros Interpretes: de modo, que yà se reputa mas que opinion comun proverbio, que las Leyes de las Siete Partidas no corrigen al Derecho Romano, y Canonico, sino en quanto lo expresan (3). La experiencia en la práctica à cada

(1) D. Gregor. Lop. *in leg.* 24. tit. 13. part. 5.

(2) Parlador. *lib.* 2. *Quotidian.* cap. fin. part. 4. §. 7. n. 14. Valeron *de Transact.* tit. 4. *quæst.* 4. num. 34.

(3) D. Vela *dissert.* 19. n. 43. D. Castillo *tom.* 5. *Controv.* cap. 89. n. 229. D. Galindo *in Phœnic.* lib. 1. tit. 1. §. 2. *sub num.* 3. Noguera *alleg.* 26. n. 114.

da passo manifesta esto mismo. Por mas claro que se explique una Ley de la Partida, si la Ley Cefarea añade alguna circunstancia, esta misma se interpreta deber añadirse à la Ley del Reyno, para que concuerde con ella; ò à lo menos, es pleyto seguro entre los Interpretes sobre si tal circunstancia es, ò no precisa.

De varios exemplos; que se ofrecen, solo pondré dos, por ser inteligibles sin demasiada aplicacion.

Segun las reglas del Derecho Cefareo, por sola la convencion, ò pacto, no se adquiere possession, ni dominio sin tradicion verdadera, ò ficta (1). Una Ley de la Partida (2), en cierto caso particular, que es quando uno hace donacion à otro hasta cierto tiempo, y que finalizado este tiempo, passen los bienes donados à sus herederos; ù à otro, dispone claramente, que acabado aquel tiempo, ò llegado aquel dia, los herederos del donante, ò el otro donatario adquieren la possession, y dominio de la cosa donada. Las palabras de la Ley son tan claras, que parece no admiten interpretacion. Sin embargo, el señor Covarrubias (3), para que esta Ley concuerde con el Derecho Romano, la entiende, que entonces el segundo donatario, ò los herederos del donante adquieran possession, y dominio, quan-

Exemplo primero.

(1) Leg. Traditionibus 20. Cod. de Pactis.

(3) D. Covarrub. lib. 1. Variar. cap. 14. num. 5.

(2) Leg. 7. tit. 4. part. 5.

quando se les entregue la cosa donada, ò se introduzcan realmente en ella. Este mismo dictamen figuen varios, à quien cita Faria, su addicionador (1). Y aunque por el sentido simple, y literal de la Ley hay otros AA. siempre la contienda será reñida, y la Ley del Rey no sin el vigor, que le debia ser propio, si no se hallasse oprimida por el Derecho Cefareo.

Aun en este punto hay mas que admirar; pues la Ley citada de la Partida no puede seguramente suplirse por el Derecho Romano, atento no solo en este particular no hay Ley Romana contraria à la de la Partida; pero aun algunos Interpretes de dicho Derecho, sin conocimiento alguno de nuestras Leyes Reales, han defendido lo mismo, segun los documentos Romanos (2): con que debiera à lo menos dejarse facultad à nuestra pobre Ley Real de elegir alguno de los Partidos en controversia sobre el Derecho Romano.

Exemplo fe-
gundo.

El segundo exemplo lo tomaremos de una Jurisprudencia aun mas llana; pero tambien mas frecuente en la práctica, y que como despues de Alberico notò Gothofredo (3), con mas frecuencia buscan los Abogados, que otra mas remontada. Es el caso de un arbol, cuyas ramas penden sobre el predio de un veci-

(2) Faria ad D. Covarrub. | *Cod. de Pañtis*, quem, & alios
loc. cit. num. 12. | refert D. Covarr. *loc. cit. n. 3.*

(2) Philip. Decius *conf. 239.* | (3) Gothofred. *in leg. 1. §. 8.*
n. 8. & in leg. Traditionibus, | *ff. de Arboribus cadendis.*

cino , à quien hacen daño , y se trata de proveer à su remedio. En este caso el Pretor Romano distingue : ò las ramas penden sobre casa , ò sobre heredad , ò otro terreno. Si sobre casa , manda se corte el arbol de raíz. Si sobre heredad , previene se corten solo las ramas hasta la altura de quince pies (1). La Ley de la Partida (2) concuerda substancialmente con esta disposicion ; solo en la segunda parte de las ramas pendientes sobre heredad , no habla de los quince pies , sino que simplemente manda cortar las ramas , en caso que hagan daño. Esta disposicion parece mas discreta , y mas facil en la práctica , que la del Pretor Romano: pues remediando estas Leyes los daños , que las sombras de los arboles hace à la produccion de las tierras vecinas , mas facilmente se regula este daño à prudente juicio del Juez , ò de hombres buenos del País , que por la altura de los quince pies. Por lo que no dejò de notar el señor Gregorio Lopez (3) la diferencia entre los dos Derechos Real , y Romano. No obstante, vemos frequentemente en práctica la dificultad de los quince pies ; y esto por la regla general , que la Ley de la Partida debe reducirse al Derecho Romano , que llaman Comun ; y tan poco caso se hace de ella , que el Maestro Antonio Gomez (4) , hablando de varias

(1) *Leg. Ait Prator 2. ff. de Arboribus cadend.* (3) D. Gieg. Lop. *in d. leg.* 28. tit. 15. part. 7. gloss. 19.

(2) *Leg. 28. tit. 15. part.* (4) Anton. Gomez *in leg.* 7. 46. Tauri , n. 19.

rias disposiciones Cefareas, y refiriendo Leyes concordantes de la Partida, y tratando del daño de los arboles, y cómo, y cuándo se deban cortar, refiere la disposicion Romana de los quince pies, sin venirle à la memoria nuestra disposicion Real; porque, sin duda, después de conceptuar las Leyes de las Partidas como dependientes del Derecho Romano, yá no se cuida de lo que aquellas disponen, como subordinadas à mayor potestad.

El estudio de las Partidas supone necesariamente el estudio del Derecho Romano.

Si esto es así, qualquiera conoce, que el estudio de estas Leyes supone por necesario el estudio del Derecho Cefareo; pues necesariamente debe preceder el estudio de unas Leyes, que han de servir para suplir, limitar, y extender otras: con lo que nuestras Leyes, sin aliviar à sus estudiosos, ni à los Tribunales de la penosa tarea del Derecho Romano, solo les añaden mayores dificultades para su conciliacion, è inteligencia.

Cómo podremos cotejar esto con lo que dejamos dicho, segun la intencion de nuestras Leyes, y sentir comun de nuestros Interpretes, que el Derecho Romano no tiene en España fuerza de Ley? (1) Acaño lo que no tiene fuerza de Ley, tendrá fuerza para suplir, limitar, y entender la Ley misma? Y qué otra cosa se necesita para introducir la mas enorme confusion en la autoridad legal? De este modo mas autoridad le damos al Derecho Romano, que al de las Partidas: mas à un

De-

(1) *Vide suprà. Disc. I. pag. 88.*

Derecho extranjero, que al Derecho Real; pues que la autoridad de éste debe ser suplida, limitada, y subordinada à la autoridad de aquel. Es como la de un Oficial subalterno, que manda bajo las ordenes de un General. Es, pues, preciso; ò que nuestros Interpretes se desdigan de lo dicho; ò que assienten no poder servir el Derecho Romano para suplir, y limitar al de las Partidas; ò en consecuencia de todo afirmar el que poseemos una Jurisprudencia desordenada, llena de confusiones, sin sólidas Leyes, ni principios ciertos.

Por lo que mira al estudio, que se suele hacer del Derecho Real, se puede inferir de lo que queda dicho en el Discurso sobre el Derecho Romano, y mas difusamente diremos en un Discurso particular sobre los Abogados.

Estudio del Derecho Real.

DISCURSO IV.

SOBRE LOS ESTATUTOS.

A Demàs estos Derechos, à quienes no impropiamente podemos llamar comunes, hay otro Derecho particular, à quien se le dà el nombre de Municipal, ò Estatuario. Este consiste en Ordenanzas, que las Comunidades particulares hacen para su direccion, y gobierno. Yà sean Ciudades, ò Villas, Universidades, Colegios, Cabildos, Iglesias, Obispados, Provincias, y otras Sociedades Eclesiásticas, ò Seculares.

Estos Estatutos pocas veces entran en con-

tro-

Solemnidad
del Estatuto.

troverfia sin las peligrosas disputas sobre el modo, y solemnidad de hacerlos, y sobre la autoridad de sus hacedores. Pues siendo regalía del Principe Secular, ò Ecclesiastico el establecimiento de Leyes, tienen los subditos en Derecho bien conocida prohibicion, principalmente en lo que no es conocidamente perteneciente à su economía, y toca en algo à derecho de tercero. Para sostener la fuerza del Estatuto, se suele alegar confirmacion del Principe, la que es del todo necesaria.

Confirmacion
de los Estatutos.

No como quieren algunos Leguleyos, que las Constituciones v. g. Synodales de un Obispado, porque se hallen impressas con facultad del Rey, y su Consejo tengan fuerza de Leyes Reales; pues se debe atender à la naturaleza de la confirmacion, que, segun nuestros Interpretes, puede ser de dos maneras: ò en modo general, que llaman *in forma communi*: ò en un modo especial, que llaman *in forma specifica*.

En el primer modo de confirmacion no se entienden aprobados los Estatutos, sino en quanto no desdigan del Derecho Comun; pero si en el segundo. Quándo se diga confirmacion en forma comun, y quándo en forma expecifica, es un seminario de disputas (1).

Muchas veces no hay confirmacion expresa,

(1) Card. de Luca de Judi- | 2. Decretal. de Confirmatione
ciis, discurs. 35. num. 62. | utili, vel inutili.
cum seq. DD. ad tit. fin. lib. |

y es necesario valerse de la tácita, ò presunta, que se induce por la observancia de largos años; en que buelve à entrar la disputa, sobre si esta tácita, ò presunta confirmacion tiene la fuerza, y virtud de la que se hace en forma comun, ò de la que se dá en forma expecifica: dificultades, que en práctica no se dissuelven sin costosos pleytos.

No son poco enredosas las que embuelven quando en ellos se halla complicado algun Derecho del Soberano, cuya confirmacion, aun en forma expecifica, debe entenderse sin perjuicio de su superioridad (1).

Los Estatutos forzoso es experimenten las vicisitudes, de que no están libres las Leyes, quando se trata de su práctica entre personas, que pretenden essencion. Pues siendo hechos solo para el gobierno de Comunidades particulares, siempre que los negocios de éstas se compliquen con personas que no son de aquella Comunidad, es razonable, que estas reclamen su essencion contra los Estatutos, siempre que en ellos quiera comprehenderseles; de que necesariamente deben seguirse las disensiones, que es facil contemplar, quando la legislacion no es uniforme, sino que cada miembro cuida de tener sus Leyes, cuyo suplemento son los Estatutos.

Suicion à los Estatutos.

Acordemonos de lo que sucede en la complicacion de Derechos entre las dos mas principales Comunidades, y Estados de Repúbli-

(1) Pitonius *Controv. patron.* | *alleg.* 45. n. 4. & 5.

ca Eclesiástico, y Secular, de que yá hemos hecho arriba un leve disño. Todas estas disensiones nacen de la no uniformidad de Derechos, que en este caso no parece facilmente remediable. Quanto mas se aumenten parcialidades de Comunidades, y cuerpos de Leyes particulares, la paz pública se pone en mayor combustion; porque tanto mas se aparta de la uniformidad de gobierno, cuya direccion por reglas diversas, y aun encontradas, debe necesariamente redundar en contradicciones.

Interpretacion
de los Estatutos.

La inteligencia de los Estatutos abre otra puerta à nuevas dificultades; pues no admitiendo su interpretacion enfanche alguno, se halla reducida su comprehension al corto recinto de los terminos con que están concebidos; sin que de ellos pueda salir à otros casos, aunque milita la misma, ò superior razon, judayzando, segun expresion del Cardenal de Luca (1); en su letra los Interpretes (3). Este rigor se merecen bien los Estatutos, por desviarse de las Leyes generales, por donde se rige toda la Sociedad. Y esto es lo que tambien motiva el que su derogacion por la inobservancia se contemple favorable (aunque no sin perpetuas contiendas) por reducir la Sociedad à unas mismas reglas.

Remedio contra la incertidumbre de los Estatutos.

Parece se hallaria remedio contra la incertidumbre de esta parte de legislacion, reduciendo la extension de los Estatutos à las circunstancias

(1) Card. de Luca de *Judi-* cap. 1. a n. 55. Cevallos *Com-*
mun. disc. 35. n. 66. *mun. quest.* 409.

(2) Cancer. *Variar. lib.* 1. *lib. 1. tit. 1. n. 1.*

cunstancias de un gobierno económico, segun las que particularizan à cada Sociedad, sin tocar en cosa alguna al gobierno general, à que todos los particulares, como miembros de este grande cuerpo, deben estar sujetos; à imitacion de un prudente padre de familias, que sin eximirse del gobierno civil, dispone entre sus domesticos sabias ordenanzas para el gobierno de su casa.

DISCURSO V.

SOBRE LA COSTUMBRE, ò Derecho no escrito.

REsta hablar de otro Derecho diferente de los precedentes, pero aun mas incierto, que se nombra costumbre, la que, como imitadora de la Ley, puede ser universal, y particular; teniendo en el primer caso fuerza de Ley universal, como en el segundo solo de Estatuto (1).

La costumbre, à diferencia de otro Derecho, se suele llamar *Jus non scriptum*. Derecho no escrito, porque no toma su determinacion de escrito alguno, que se publique como Ley, sino del uso, y práctica de los Pueblos, por largo tiempo observada, autorizada del consentimiento del Principe, à cuya soberania solo pertenece la autoridad legal.

L

De

(1) Leg. An in totum, Cod. de | 19. de Jure jurand. leg. 6.
Ædificiis privat. cap. Venientes | tit. 2. part. 1.

Requisitos
precisos en la
costumbre.

De que se sigue, que en la costumbre entran, como requisitos esenciales, sin los que no tiene vigor alguno: 1. la razonabilidad de la materia, ò asunto sobre que se constituye: 2. la observancia, y consentimiento del Pueblo: 3. la autoridad del Soberano. Las disputas sobre estos necesarios requisitos son los que embuelven esta notable parte de Jurisprudencia de incertidumbre.

Incetidumbre
en las Leyes
no escritas,
aun mas ob-
cura, que en
las escritas.

En las Leyes escritas puede haver sobre su interpretacion gravísimas dificultades; pero la letra de la Ley siempre está constante para decidir entre los diversos sentidos, que se pretenda apropiarsele, admitiendo unos, y desechando à otros, segun su contexto lo sufra, y mas, ò menos le convenga; pero la costumbre vive solo en la observancia, y nada mas es ley, que como, y en quanto el uso le dá este sér. En la interpretacion de una ley, ninguno piensa substraerse à su obediencia; y solo se trata de indagar el modo, y casos en que obligue. Es como un hijo, que no dudando de la potestad de su padre en mandarle, solo ansiosamente medita sobre el precepto que le impone, para mejor, segun su voluntad, obedecerle. Pero quando se trata de costumbre, se duda no menos de la substancia del precepto, que de la potestad de quien lo impone: porque no siendo la costumbre ley, sino en las yá notadas circunstancias, antes de entrar en las dificultades sobre su interpretacion, es preciso vencer las tenebrosas incertidumbres, sobre los requisitos,

tos, que la constituyen en la graduacion de Ley, que deba ser obedecida.

De aqui se puede venir en conocimiento quánto deba exceder en incertidumbre la Jurisprudencia consuetudinaria à la que consta de Leyes escritas. Y si en esta hay tantas tinieblas, y confusiones, què será en aquella? Reconocerémoslo mas bien con algunas reflexiones sobre los tres requisitos necesarios, que diximos deben entrar en la costumbre para que reciba fuerza de ley. No nos detendremos mucho en una cosa tan facil de percibir, y solo ayudaremos la consideracion de quien gustasse divertirse en esto, tocando algunas especies, de donde se puedan inferir sus confusiones resultas, y poniendo finalmente algunos exemplares en que se hagan palpables las turbaciones que el orden público experimenta.

La razonabilidad de la materia, ò assunto en que deba tener lugar la costumbre, que diximos ser el primer requisito de su legalidad, facilmente manifesta las incertidumbres à que está expuesta; pues opinando tan diferentemente los hombres sobre la determinacion de las qualidades de justo, y razonable, la misma diversidad de sentimientos debe recaer sobre la decoracion de la materia en que pueda subsistir la costumbre (1). Solo dirè algo por lo que mira à este

Primer requisito de la costumbre. Razonabilidad de la materia.

L 2

re-

<p>(1) <i>Quæritur: quanam consuetudo generatim censeatur esse rationabilis? Respondeo: Circa hoc magna reperitur Doctorum varietas, atque sententiarum</i></p>	<p><i>diversitas, in declarando quænam consuetudo censeatur rationabilis, & quæ irrationabilis, ut videre est. . Reiffenst. ad tit. de Consuetud. §. 2. n. 31.</i></p>
---	--

Costumbre
contra la Ley.

requisito de la costumbre contraria á la Ley; esto es, de las irracionalidades, y no menos incertidumbres, que se demuestran en vigorar de tal modo la costumbre, que no solo tenga fuerza de Ley, sino que pueda derogar la Ley misma.

Parecia, que siendo el fundamento de toda Ley la justicia, y equidad (1), todo lo que á ella se opusiese debria tener presuncion de iniquo, ò á lo menos de no razonable, y por consiguiente que no podria ser legitima materia, ò asunto de costumbre (2). Pero como á la verdad no todo lo que á una Ley se opone, debe al instante, y sin mas examen reputarse injusto, está comunmente recibido, sin embargo de varias Leyes, que parecen resistirlo (3), que se puede introducir costumbre contra la Ley misma derogandola (4).

O! y cuántas iniquidades, aunque fuera de
fu

(1) *Erit autem lex honesta, justa, possibilis, secundum naturam, secundum patriam consuetudinem, loco temporisque conveniens, necessaria utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta. Cap. Erit 2. distinct. 4.*

(2) *Optimè Parlador. lib. 2. Quotid. cap. fin. p. 5. §. 18. Ego, inquit, qua juri placita*

sunt demonstro: mores autem juri adversos quantum ponderis habituri sint, viderint alii.

(3) *Consuetudinis ususque longavi, non vilis auctoritas est, verum non usque adeo, sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem. Leg. 2. Cod. Qua sit longa consuetudo. Cap. Consuetudinis, dist. 11. leg. 3. tit. 3. p. 1.*

(4) *Velasco de Judic. per- fect. rubric. 9. annot. 6. à num. 1.*

su intencion , produce esta doctrina , y de cuántas injusticias es raíz ! De aqui se suele tomar el motivo de corromper los mas sanos establecimientos. Cuántas Leyes meditadas por muchos siglos, y con muchas vigili- as olvidadas ! Cuántos deseos de los Pueblos, à cuyos repetidos clamores fueron hechas muchas Leyes frustradas ! Cuántas buenas intenciones de los Legisladores pervertidas ! No hay respuesta mas fria à las intenciones justas , que tienen su fundamento en la Ley , que el decirles no está en uso.

Costumbres derogatorias de la Ley, muy perjudiciales à la República.

Bien creo , que las circunstancias del tiempo hacen variar las Leyes , y que lo que es razonable hoy , puede dexar de serlo mañana. (1) Pero por què han de perder su vigor aquellas Leyes , cuya razon perpetuamente subsiste ? Fuera muy difuso el referir las saludables Leyes , à quienes este formidable dragon , el no uso , quitò la vida. Ociosos son los exemplares en cosa tan conocida ; reservamos no obstante para el siguiente Discurso referir algunos en demonstracion de esta verdad.

Hay Leyes , que prevenidas contra este su enemigo, expressamente prohiben la costumbre contraria à su disposicion ; entonces es eterna disputa entre los Interpretes, si contra semejante Ley valga costumbre , en la que se embuelven entre tantas dificultades , que despues de mucha fatiga en leerlos , apenas

Leyes que derogar à la costumbre contraria à su disposicion , y su incertidumbre

L 3

se

(1) Cap. Non debet 8. de Thom. 1. 2. quest. 97. art. 3. Consanguin. & affinitat. D. ad secundum.

se halla resolución fixa.

Y supuesto que la costumbre contraria à la Ley pudo existir al tiempo de la Ley misma, ò introducirse despues, sobre estos dos extremos de costumbre preterita, y futura recae la disputa.

Incertidumbres sobre la costumbre contraria, anterior à la Ley.

Y en quanto à la costumbre preterita, reconociendo todos potestad en el Legislador de poder abrogarla, miden mucho sus palabras, para decidir sobre su voluntad. Y consintiendo que para abrogar una costumbre moderna bastan qualesquier palabras generales, están muy dispersos sobre el caso en què se entienda derogada la costumbre immemorial.

Algunos, con la mas comun opinion, quieren, no sea suficiente la expresion general de la Ley en abrogar qualquier costumbre, para que se entienda abrogada la immemorial.

(1) Otros exdiametro porfian lo contrario (2). Hacen otros, pretendiendo concordar opiniones tan distantes, nueva reflexion sobre las palabras con que se prohibe la costumbre: si como iniqua, irracional, &c. para que con estas palabras, y no con otras generales, se entienda derogada la costumbre immemorial contraria à la Ley, y existente al tiempo de su establecimiento (3). Porfiando aún otros con-

(1) D. Salg. *de Reg. protect.* | Gonzal. *ad regul.* 8. *Cancel.*
part. 1. *cap.* 1. *pralud.* 3. n. | *glos.* 33. n. 8.

153. *plures referens.* | (3) Gonzal. *d. gloss.* 33. n. 9.

(2) Mieres *de Majorat.* p. 4. | Faria *ad D. Covarrub.* lib. 3.
q. 20. num. 51. cum aliis per | *Variar.* cap. 13. n. 23.

contra esta concordia , motivandolo en que una vez que la Ley abrogue alguna costumbre contraria à su disposicion , yá se conoce lo hace como irracional , ò contraria à razon , à lo menos afsi en duda debe presumirse (1).

En quanto al extremo de costumbre futura, aun es mas reñida la controversia : afirmando unos , que abrogando la Ley , la contraria costumbre , sin explicarse mas , se debe entender abrogar la costumbre preterita , ò la que existia al tiempo de la Ley ; y no la futura , que puede introducirse despues , y derogar la Ley misma : se oponen otros à esta resolucion , assegurando , que abrogando la Ley la costumbre contraria à su disposicion , entrambas costumbres , preterita , y futura , quedan derogadas. De modo , que el Autor de las opiniones comunes contra comunes pone en esta classe estas dos sentencias (2).

Sin adherir à alguna de estas opiniones , ju- deizan otros en la letra de la Ley , para segun sus palabras opinar si la futura costumbre , ò posterior à la Ley quedò por ella derogada : y si por la letra conciben , que la Ley habla de costumbre preterita , y futura , pronuncian , que las dos quedan derogadas ; pero si conciben hablar solo de la preterita , solo ésta , y no la futura , dicen , queda derogada , y que havrá lugar à la introduccion de

*Incertidum-
bres sobre la
costumbre con-
traria, futura,
ò posterior à
la Ley.*

L 4

nue-

(1) Aceved. in leg. 3. tit. I.
lib. 2. Recop. num. 21.

(2) Cevallos *Commen. quast.*

nueva costumbre contraria à la Ley (1). Aun afirman mas otros , que aunque la Ley derogue à cierta costumbre , exprestandola, si no prohibe el que se buelva à introducir de nuevo , la costumbre actual quedará sin vigor , como muerta por la Ley; pero no impide el que pueda bolverse à hacer lugar , refucitando de nuevo (2).

Conseque-
cias de las pre-
notadas incer-
tidumbres.

Serìa necesario un volumen , si huviera de referir todas las opiniones , subopiniones , y conciliaciones , que hay en nuestros libros en asunto de la derogacion de costumbre preterita , y futura : y no menos si huviera de detenerme en la explicacion de cuándo se entiendan , ò no derogadas las costumbres particulares por Leyes generales (3). De lo poco que queda dicho yá se conoce quàn astutos deban ser los Legisladores , teniendo que tratar con unos Interpretes de tan fino entendimiento , entre cuyos sutiles discursos suelen quedar las Leyes sepultadas sin vigor alguno , y la intencion del Legislador frustrada.

Y así no hay que admirar , que aun quando las Leyes mas seriamente pensaron introducir en la República el mas justo , y uniforme orden con el recto entable de saludables constituciones , derogando particulares usos,

(1) Barbof. *claus.* 87. n. 12. | *Decretal. de Consuetud.* §. 2.

(2) Ant. Gom. in leg. 50. | à n. 44. & §. 8. à n. 181. Et
Taur. n. 26. vers. *Septimo.* | quos refert Faria ad D. Co-

(3) Videfis Reiffenst. *ad tit.* | *varr. lib. 3. Variar.* 6. l. 3. à n. 15.

ufos, y costumbres, y precaviendo su sub-introduccion en lo futuro, se encuentren turbadas sus buenas intenciones, ò à lo menos expuestas à variedad de sentimientos. Consideremos con quánto cuidado se hizo la nueva Coleccion de Leyes, à que llamamos Recopilacion, en que además del Real encargo sobre su observancia, que dá principio à esta Obra, se halla en ella inserta una Ley (1), cuyo fin principal, como en otra parte hemos dicho, es señalar el orden que se deba observar en la práctica de las Leyes del Reyno, encargando estrechamente su observancia en la ordenacion, decision, y determinacion de los pleytos; *no embargante*, dice, *que contra las dichas Leyes se diga, y alegue, que no son usadas*. De estas, y otras palabras, que hay en el contexto de dicha Ley, se puede muy bien inferir con quánto juicio nuestros prudentes Legisladores cuidaron poner en seguro sus Leyes, contra el capricho del no uso, no observancia, y contraria costumbre. Pero todo esto no ha servido sino de poner en controversia à nuestros Interpretes sobre si contra nuestras Leyes Reales puede, ò no prevalecer costumbre. Los que siguen la afirmativa no hallan mucha dificultad en las palabras referidas de la Ley, que eluden distinguiendo metafísicamente entre no uso, no observancia, y costumbre contraria, la que parece añadir algo de positivo contra ley, lo que

no

(1) Leg. 1. Tauri; vel 3. tit. 1. lib. 2. Recopil.

no hace el simple no uso (1), ò entendiendo su prohibicion en la costumbre preterita, no en la futura despues de la Ley, nuevamente introducida (2). De que no puede inferirse otra consecuencia, que perplexidad, è incertidumbre.

Segundo requisito de la costumbre, observancia, y consentimiento del Pueblo, y sus incertidumbres.

Prosigamos los requisitos de una costumbre, que tenga fuerza de Ley, que el segundo hemos dicho es *la observancia, y consentimiento del Pueblo*. En esto convienen todos nuestros Interpretes; pero al instante se desvian en el modo cómo deba ser esta observancia, y consentimiento, siguiendo diversas rutas.

Sobre qué parte del Pueblo sea necesaria.

Y aunque tambien comunmente enseñan ser necesario el consentimiento de todo el Pueblo, ò de su mayor parte, no falta quien asegure, no ser necesaria esta mayor parte del Pueblo, y ser suficiente una parte considerable de él (3), y aun poder una parte del Pueblo introducir costumbre contra otra parte (4); y à una sola familia dán algunos esta potestad (5). Solo, y con razon, à las mugeres se les deniega (6).

Tambien convienen en que se necesita frequen-

(1) Vide Guttierr. lib. 3. Pract. quæst. 31. n. 5. & 14.

(2) Pareja de Edition. instrument. tit. 5. resol. 8. n. 62.

(3) Vid. D. Galind. in Phænic. lib. 1. tit. 2. §. 24. Prop. & gloss. 3.

(4) Garcia de Nobilit. gloss.

6. n. 14.

(5) Valasc. & alii apud Barbosa. in cap. fin. de Consuetud. num. 20.

(6) Aceved. in leg. 1. tit. 1. lib. 2. Recop. n. 7. Reiffens-tuel ad tit. de Consuetud. §. 5. num. 113.

quencia de actos; pero cuántos actos se necesitan para que se diga frecuencia, y se denomine costumbre, es materia de otra peor disputa: en la que hallaremos quien nos diga ser suficiente uno, como tenga trato sucesivo (1); otros, y mas comunmente, nos enseñan necesitarse dos à lo menos; porque no habiendo multiplicacion de actos, no se puede llamar frecuencia (2). Otros, con la Rota Romana, sin decidir cosa alguna, lo dejan à discrecion del Juez (3).

Sobre la frecuencia de actos.

Añaden, que no bastan qualesquier actos erroneos, sino que deben ser con animo de introducir costumbre; lo demás sería un error continuado, no una costumbre racional (4). Tambien añaden deber ser libres, y voluntarios, no violentos, públicos, y notorios, no ocultos, ò clandestinos (5).

Qualidades de estos actos.

Sobre si estos actos deban ser precisamente judiciales en juicio contradictorio aprobados, ò baste que sean extrajudiciales, es nueva controversia, en la que los Interpretes del Derecho Romano se dividen, formando opiniones comun contra comun (6).

Aun-

(1) D. Molin. de Hisp. pri-
mogen. lib. 2. cap. 6. n. 26.
Bobad. Politic. lib. 2. cap. 10.
num. 42.

num. 7. Reiffenst. cit. tit. de
Consuet. §. 5. n. 122.

(2) Sic magis communiter
DD.

(4) D. Galind. d. §. 24.
n. 7. Barbof. in cap. fin. de
Consuet. n. 18.

(3) Rota detif. 72. n. 26.
p. 2. Diversf. D. Galind. in
Phenic. lib. 1. tit. 2. §. 24.

(5) D. Galindo dict. §. 24.
num. 6. Reiffenstuel dict. §. 5.
num. 125.

(6) Cevall. Comm. q. 3 § 8.

Aunque nuestras Leyes de las Partidas parecen constituir precisa necesidad de que los actos inductivos de verdadera costumbre hayan de ser judicialmente practicados (1), esto no detiene à Doctores de grave autoridad, para afirmar que sean suficientes extrajudiciales (2). Procediendo otros con distincion de actos, y su qualificacion: esto es, si intervinieron dos solamente, ò hubo mucha frecuencia, de modo, que la costumbre se hiciesse notoria, para que en este caso basten extrajudiciales, no en el primero, dejandolo finalmente à discrecion del Juez (3).

Tiempo necesario para introducir costumbre.

No paran aqui las dificultades sobre el segundo requisito de la costumbre, restando aún las del tiempo, que se necesita para introducirse: en que hallaremos quienes, al modo de las prescripciones, nos digan se necesitan diez años entre presentes, y veinte entre ausentes: y siendo Ley Canonica quarenta años, pues este es el tiempo establecido por los Canones para la prescripcion Eclesiastica; y quando hay privilegio de mas tiempo, como suele haverlo, tambien entonces subirá el de la costumbre.

Mas comunmente se nos dice, que la distincion de ausentes, y presentes no es sostenible, porque el Pueblo siempre está presente.

(1) Leg. 5. titul. 2. part.

2. à num. 57.

1.

(3) Garcia de Expens. cap.

(2) D. Salgado *Labyrinth. creditor. part. 1. cap. 1. §.*

9. num. 45. & seq.

sente , por lo que regulan ser bastantes diez años (1).

Otros , hablando con mas precision , y madurez , distinguen de costumbres : ò es *secundum jus* , segun el Derecho , interpretandole , en cuyo caso no requieren determinado tiempo , bastando simplemente la frecuencia de actos (2) : ò es *præter jus* ; esto es , que no sea contra , ni conforme al Derecho , sino indifferente , en cuyo caso piden diez años (3) : ò es *contra jus* , derogando al Derecho , en cuyo caso piden unos solos diez años , otros treinta , otros quarenta , otros hacen distincion de Derecho Civil , y Canonico , y en aquel diez solos , y en este piden quarenta (4). Desconocen otros esta diferencia de tiempos , y distincion entre Derecho Civil , y Canonico ; aunque la confiesan en quanto à la prescripcion (5). Otros gradúan el tiempo , segun la resistencia , ò repugnancia de Derecho à la tal costumbre , no siendo à veces suficientes quarenta años , sino con algun titulo putativo , ò tiempo centenario , ò inmemorial (6).

Aunque parezca que la inteligencia de estos nombres *secundum* , *præter* , *contra jus* son bien in-

(1) Bobadill. <i>Politic. lib. 2.</i>	<i>ficiis disc. 30. n. 16.</i>
<i>cap. 10. n. 45. Cevall. Comm.</i>	(4) D. Galind. <i>d. tit. 2. §.</i>
<i>contra Comm. q. 357. n. 6.</i>	<i>24. n. 5.</i>
(2) D. Crespi <i>observ. 1. n.</i>	(5) Reiffenstuel <i>ad tit. de</i>
<i>114. D. Salg. de Retent. p. 1.</i>	<i>Consuetud. §. 4. n. 105.</i>
<i>cap. 9. n. 9.</i>	(6) Card. de Luc. <i>de Juris-</i>
(3) Card. de Luc. <i>de Bene-</i>	<i>dict. disc. 114. n. 3.</i>

inteligibles, hay mucho en que entender quando llega el caso sobre si la costumbre en disputa es *secundum*, *præter*, ò *contra jus*. A veces la que uno piensa que es *secundum*, otro la reputa por *contra*, otro la llama *præter*. Hay en esto las mismas dificultades, que en sacar las consecuencias de las Leyes generales à los casos particulares. La consecuencia que uno asegura ser genuina à la Ley, assienta otro serle repugnante.

Sobre la uniformidad de los actos.

Sobre la substancia de los actos que deban constituir una legal costumbre, hay tambien reñidas controversias. Todos convienen en que deban ser uniformes; esto es, que entre ellos no haya havido contrariedades; porque si una vez se observò de un modo, otras de otro, no se puede llamar costumbre (1).

Pero buelven à discordar en explicar esta uniformidad. El Cardenal de Luca (2) pide por essencial à la costumbre una uniformidad, que jamás haya tenido quiebra. Y Graciano (3) fuè de sentir, que para interrumpir la costumbre era suficiente un acto solo contrario. Pero Bobadilla (4) con otros muchos, parece no requiere tanta pureza en la uniformidad; pues una vez de introducidos algunos actos,

pi-

(1) D. Larrea *decis.* 2. n. 20.

disf. 25. num. 10.

(2) *Improbabilis redditur dicta prætensa consuetudo, cujus essentiale requisitum est, ut nihil actum sit in contrarium.*
Card. de Luc. *de Penfiomb.*

(3) Stephan. Gracian. *Discept. Forens.* cap. 79. n. 9.

(4) Bobadill. *d. lib.* 2. cap. 10. n. 42.

pide otros tantos, y por tanto tiempo observados en contrario como los primeros, para desnudar à estos del vigor que anteriormente adquirieron. En que se ve no haver cosa cierta.

En quanto al tercer extremo del *consentimiento del Principe*, parece un requisito tan razonable, como que sin èl se inferiria, que en el Pueblo hay tanta autoridad para hacer, y derogar Leyes, como en el Principe para establecerlas. Y aunque este requisito, como no adaptable à la constitucion, y gobierno de los Romanos, fuese este Derecho desconocido (1), nuestros Legisladores lo han repetido muchas veces en sus Leyes, para que no huviesse lugar à poner en ello duda (2). Esto es tan claro, que no se que algun Escritor Español disienta.

Tercer requisito de la costumbre, consentimiento del Principe, y su necesidad en España.

Pero segun el modo con que se explican, hacen inutil toda esta doctrina. Acostumbrados algunos à la lectura de Escritores Estrangeros, resuelven con ellos, que el consentimiento-

Elusion de este requisito.

(1) *Cum ipse leges* (inquit Julianus J.C. relat. in leg. De quibus 32. ff. de Legibus) *nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi recepta sunt: merito, & ea, quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes: nam quid interest suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis, & factis.* Pirrhing. in

Jus Canonic. ad tit. de Consuetud. n. 16. Cevallos Commun. quest. 357. n. 3. ex glossa Communiter recept. in cap. In istis, dist. 4.

(2) *Leg. 3. 5. 6. tit. 2. p.8. leg. 15. tit. 1. lib. 4. Recopil. ex D. Greg. Lop. & aliis D. Galind. d. lib. 1. tit. 2. §. 24. Propos. & gloss. 3.*

miento del Principe no se necesita en qualquier nueva costumbre que se introduzca , reputando por suficiente la aprobacion general, que las Leyes dán à toda costumbre razonable ; y esto de tal modo , que à alguno (1) le parece inutil el que los Pueblos acudan al Principe para conseguir aprobacion de su costumbre. Otros, y mas comunmente, enseñan , que el consentimiento del Principe ; esto es, su ciencia, y paciencia, que nuestras Leyes piden para la introduccion de la costumbre, no precisamente se necesita del Rey mismo , sino que basta que sea de sus Oficiales ; esto es , de sus Jueces , y Magistrados (2).

Con qualquier de estas doctrinas yà queda inutil el requisito del consentimiento del Principe , que tanto desean nuestras Leyes Reales, y nuestras costumbres en todo igualadas en su fuerza, y autoridad con las de los Romanos ; pues para conceptuarse , que una costumbre llega à noticia de los Jueces , y Magistrados , le bastará la qualidad de no ser clandestina : condicion muy distinta en la costumbre de la del consentimiento del Soberano.

Todo lo dicho hasta aqui en quanto à la costumbre , solo pertenece à explicar en abstracto las incertidumbres de su constitutivo ; aun restan varias dificultades , è incertidumbres

(1) Avendaño in *Dictionario* , verbo *Costumbre* , vers. *Hodie*.

(2) Gutierrez lib. 3. *Præctis. quæst.* 31. n. 9. Cevall. *Commun. quæst.* 357. n. 3.

bres sobre reducirla à la práctica.

Como la costumbre es un derecho no escrito ; esto es , de que no hay Ley expresa, el que pretende valerse de ella , debe probarla ; no como quiera en general , sino en particular en el caso que se disputa , vestido con todas sus circunstancias (1), ò en un individuo, como dice el Cardenal de Luca (2). Esta prueba debe ser en un modo rígido, con testigos integros , que depongan de vista de los actos, contestes , y no singulares, deponiendo de la frecuencia , y antigüedad de aquellos actos , y haver sido hechos con animo de introducir costumbre, dando razon de sus deposiciones, aunque no sean preguntados. Nada menos que esta prueba regularmente se pide en credito de la costumbre (3) ; y así no es mucho, que los AA. comunmente la reputen por muy dificultosa , y à otros les haya parecido quasi imposible (4).

Prueba de la costumbre.

Suelen los DD. en sus Escritos notar algunas costumbres, yá generales, yá particulares, assegurando de su práctica observancia. Quando hemos hablado del Derecho del Fue-

Affertiva de los DD. deponiendo de alguna costumbre, y su incertidumbre.

M ro,

(1) Bobadilla Polit. lib. 2. cap. 10. n. 50.	170. Ubi postquam retulit consuetudinis requisita, ait: „ Que
(2) Card. de Luc. de Feud. disc. 53. n. 4.	„ omnia simul sumpra reddunt
(3) Barbosa plures referens in cap. fin. de Consuetud. num. 17. cum seq.	„ probationem consuetudinis difficilem: imo ut loquitur Abbas consil. 53. n. 2. l. 3. diffi-
(4) Reiffenstuel ad tit. Decretal. de Consuetud. §. 3. n.	„ cillimam. Et juxta Hostiensium in cap. fin. de Consuetudine: Quasi impossibilem.

ro, que en substancia no añade à la costumbre en general, que ser aquel escritas costumbres, cuyo uso no obstante debe probarse para que tenga fuerza de Ley; tambien diximos, segun la variedad de nuestros Interpretes, que el que los DD. afirmassen estar alguna Ley del Fuero recibida en práctica, no redimia de prueba sobre su observancia, aunque podia servir de algun alivio. Diremos ahora con mas extension, como en su proprio lugar, lo que hay en esto.

Algunos DD. en esta question disputada en terminos generales, sobre si à los Escritores, que afirman haver esta, ò la otra costumbre, se les deba dar entero assenso, se contentan con referir DD. por una, y otra parte, denotando en esto ser question dudosa, y probable en entrambos partidos (1). Y Cevallos la pone entre sus Comunes contra Comunes (2).

Los que examinan mas de cerca la question, assientan regularmente por regla la negativa; esto es, que no deben ser creidos (3); porque la costumbre es *quid facti* cosa de hecho, que debe probarse, y que en asuntos de hecho no se merecen fe los Escritores. Esto lo entienden otros, quando no consta, que el Escritor estuviesse versado en el parage en donde

(1) Vide Pitonium in *Parergon ad Disceptat. Ecclesiastic.* n. 114.

(2) Cevallos *Comm. quest.* 1.

Carleval de *Judic. tit.* 1. *disp.* 2. n. 62.

(3) Card. de Luc. de *Donation. disc.* 26. n. 3.

de depone haver tal costumbre, en cuyo caso solo sería como *testis de auditu*, testigo de oídas, que no hace fé; pero no quando se halle versado en el País, pues en tal caso hace fé, como *testis de visu*, testigo de vista (1): con que segun estos DD. parece se reduce el punto à si el Escritor tiene la condicion de versado en el País. Si hay Escritor, que contra otro Escritor afirme no haver tal costumbre, à que dude de ello, lo que no sucede pocas veces (2); yá estamos en el caso de una prueba, en que hay testigos pro, y contra: pleyto, que debe ser muy reñido, segun las qualidades de los Escritores.

Otros, sin embargo de que un Escritor esté versado en el País, solo reputan esta qualidad por presuntiva, à favor de la costumbre, sin que releve de otra ulterior prueba (3). La Rota Romana, segun advierte el Cardenal de Luca, no parece hace mucha cuenta de estos testimonios de los DD. aun en razon de ser versados en el Fuero del País en donde escriben, refiriendo casos prácticos en que dicho Tribunal des-

M 2

es-

(1) Plures referens Barbo-
sa in cap. 8. de Consuetu-
dine, num. 16. D. Salgado
de Regia protection. part. 1.
capit. 1. praludio 3. num.
180.

(2) Utapud Aguila ad Ro-
xas de Incompatibilitat. part.
5. cap. 6. num. 168. vers.

Ex quibus suspectus. Carle-
val de Judiciis, titul. 2. dif-
put. 3. num. 22. & 23.

(3) Acevedo in leg. 3.
titul. 1. lib. 2. Recopil. nu-
mer. 9. Cardenal de Lu-
ca de Donation. disc. 26. nu-
mer. 7.

estimò semejantes assertivas (1).

A cargo de
quién esté la
prueba de la
costumbre.

La prueba de la costumbre, sin duda incumbe al que la alega, y en ella se funda, como es general en todas materias, que à cada uno pertenece probar lo que es fundamento de su intencion (2). Aun sin embargo, quando algun Escritor testifica de la práctica de alguna costumbre, sienten algunos, concordando así las expresas opiniones, que dicha assertiva sirve à lo menos de relevar de prueba à el que alega la costumbre, y recarga la prueba en contrario al que la contradice (3), en todo lo que se puede facilmente notar la mayor perpexidad.

Interpretacion
de la costum-
bre.

Despues de las dificultades, è incertidumbres, que dejamos insinuado de la costumbre, aun restan las de su interpretacion. Y padeciendo tanto, bajo la pluma de los Interpretes, las Leyes escritas, y por quienes su expresion está siempre hablando, las no escritas claro es deben experimentar mayores desgracias. El solo nombre de costumbre, yá, y con razón, hace muy precavutos à los DD. en su interpretacion, estrechandola de tal modo, que

(1) Card. de Luca *ubi proximè*, & de *Benefic. disc.* 13. n. 9: *ibi: Doctoribus attestantibus de consuetudine non defertur, cum illa utpotè facti probanda sit juxta decis. . . .* Et bene in terminis *Tamburin. de Jure Abbat. tom. 3. Re-pit. decis. 724. part. 4. Re-*

cent. n. 17. & 18. ubi habetur, quod semper Rota repro-bavit opinionem tenentium credendum esse Doctori testanti de consuetudine, eo quia versatus esset in loco, vel foro.

(2) *Leg. 2. ff. de Probation.*

(3) *Cevallos Comm. quest. 1. n. 1. in fin.*

que no le permiten extension alguna de caso à caso , lugar à lugar , persona à persona (1). Pero en esto , aunque algunos hablen indifinitamente , lo entienden otros en la costumbre derogatoria del Derecho , ò *contra jus*; esta dicen no deber en modo alguno estenderse , aunque concorra identidad de razon; pero en la costumbre , que no es contraria al Derecho , sino solo inditerente , ponen por regla general, que, à diferencia de la prescripcion, es favorable, y que debe su interpretacion ser extensiva (2). En que necessariamente buelven las diffensiones quando la costumbre se diga *contra* , ò *præter jus*. Deciden otros en quanto à la extension , ò restriccion de la costumbre, segun lo pida la materia en que se introduxo, estendiendola, siendo favorable, y restringiendola , siendo odiosa (3).

En el tenebroso laberynto de costumbres particulares; esto es , que no hacen propriamente las veces de Ley universal , sino solo de estatuto , tambien debe notarse la suma confusion que embuelve su práctica ; porque concurriendo con frecuencia en un individual caso , ò lance diversidad de respetos , yá de personas , yá de cosas , yá de acciones por donde se enlacen diversidad de costumbres,

Costumbres
particulares.

M 3

ape-

(1) D. Salgad. de Retention.	primogen. lib. 2. cap. 6. n. 20.
p. 1. cap. 9. n. 7. 8. & 63.	Card. de Luc. de Servitutibus,
Card. de Luc. Miscel. Eccles.	dist. 28. n. 6.
dist. 29. num. 4.	(3) Fagnanus in cap. Cum
(2) D. Molin. de Hispan.	centingat de Decimis, n. 10.

apenas puede, sin tropiezo de muchas dificultades, y opiniones encontradas, tomarse resolución. Como si puesta esta diversidad de costumbres, se deba atender privilegiadamente la de la Iglesia, ò personas Eclesiásticas en competencia de la costumbre secular, ò laical. Si debe prevalecer la costumbre del Lugar en donde tiene su situacion la cosa sobre que se controvierte, à la costumbre que hay en el Lugar en donde se hizo el contrato. Si puesto que se deba seguir la costumbre del Lugar en donde se otorgò el contrato, deba ser preferida la del Lugar en que simplemente se hizo, à la del Lugar en donde se ratificò. Si puesto se haya de seguir la costumbre de algun parage, deba guardarse privilegiadamente la del Lugar, Principe, Capital, ò Cabeza, à la de los Lugares sujetos, ò accessorios. Si en juicio deba ser mas bien atendida la costumbre del Autor, que la del Reo. Y estando los contrayentes sujetos à diversidad de costumbres, qual de ellas deba ser atendida, como à la que entendieron los contratantes sujetar el contrato : v. g. si la del Comprador deba ser preferida à la del vendedor, ò al contrario; y así de otros (1).

Argumento de
Estatuto à cos-
tumbre, y al
contrario.

Para que no sea necesario detenernos mas sobre la interpretacion, y otras dissensiones, que hay en la costumbre, basta decir, que esta parte de Derecho tiene sobre si todas las que se forman sobre los Estatutos. Sien-
do

(1) Niger de Laudem. *quest. 4. per tot.*

do cierto , que nuestros Interpretes arguyen de costumbre à Estatuto , y de Estatuto à costumbre , aplicando las consecuencias del Estatuto à la costumbre , y las de esta à aquel (1).

No creo necesitamos passar adelante para demostrar la tenebrosa incertidumbre en materia de costumbre , en la que tan lejos de hallar consuelo los Litigantes , experimentan frecuentemente mayores fatigas , siendo mas util à la República ceñirse à las Leyes , frutos de los desvelos de nuestros sabios Legisladores , que el vacilar por un Derecho tan incierto , y lleno de tantas variedades , como es el que se demuestra por costumbre. Por lo que , y prescindiendo de los usos immemoriables , que yá están aprobados por Leyes del Reyno , parece (que no obstante , que apenas pueda passar un Gobierno sin razonables costumbres , y lo que en su favor cumulò el politico Bobadilla (2)) seria conveniente al folsiego público el desterrar absolutamente toda costumbre derogatoria de la Ley.

Remedio contra las incertidumbres , que ocasionan las costumbres.

Y es constante , que el Pueblo en introducir costumbre , por uno de tres motivos debe proceder ; ò de mera mala fé , obrando directamente contra la Ley , no queriendo sujetarse à ella ; y en este caso es disputar con el Principe la potestad soberana. Y aunque no deba tomarse esto con el rigor de una su-

M4

ble-

(1) D. Salgado de Libertate beneficiorum, artic. 1. n. 14. Barbos. loco 105. n. 3.

(2) Bobadilla Politic. lib. 2. cap. 10. à n. 34.

blevacion, siempre es un principio indigno de producir prescripcion. O procede de error, errando contra la Ley; y en este caso mal se puede llamar costumbre razonable, y tomar fuerza de Ley aquello, que solo es continuacion de errores (1). O procede con sinceridad, à vista de causas urgentes, que no existian, ò no se tuvieron presentes al tiempo de la Ley; y en este caso, (que parece el mas proprio de dár justo color à la costumbre) es mas conveniente al sosiego público consultar la Suprema Potestad para la determinacion de lo que fuere mas puesto en razon, como nuestras Leyes Reales, con el fin de cortar abusos, incertidumbres, y perplexidades, nos previenen (2).

(1) *Non consentiunt qui errant. Quid enim tam contrarium consensui est, quam error, qui imperitiam detegit. Leg. Si per errorem, ff. de Jurisdiction. omnium judicum.*

(2) *Leg. 3. tit. 1. lib. 2. Recop. ibi: Y porque al Rey pertenece, y hà poder de hacer Fueros, y Leyes, y de las interpretar, y declarar, y emendar donde viere que cumple, tene-*

mos por bien, que si . . . fuere menester declaracion, y interpretacion, ò emendar, ò añadir, ò tirar, ò mudar, que Nos lo haremos. Et infra. Y mandamos, que quando quier que alguna duda ocurriere en la interpretacion, y declaracion de las dichas Leyes. . . que en tal caso recurran à Nos, y à los Reyes que de Nos vinieren, para la interpretacion dellas.

DISCURSO VI.

*EXEMPLARES DEMONSTRATIVOS
de la incertidumbre, è irracionalidades que
entran en la costumbre.*

PARA la mas clara exposicion de las incertidumbres que hay en el Derecho no escrito, à que llamamos costumbre, hallè conveniente separar del contexto del precedente Discurso los exemplares, que practicamente demuestran las irracionalidades, que con motivo de costumbre se introducen, y se pretenden observar, como Leyes mezcladas entre espesas tinieblas de perplexidades. Me contentarè con quatro exemplos inteligibles, sin muchos auxilios de Jurisprudencia. Dos en la costumbre contra la Ley, ò *contra legem*; y otros dos en la costumbre, que es la Ley indiferente, ò *præter legem*. Componiendose nuestras Leyes Reales de dos principales cuerpos, esto es, de la Nueva Recopilacion, y de las Siete Partidas; será el primer exemplo de costumbre contra una Ley del primero; y el segundo contra otra Ley del segundo. Y haviendo en las costumbres indiferentes, ò que se dicen *præter legem*, unas mas, ò menos indiferentes que otras, propondrè el tercer exemplar en materia, que parezca del todo indiferente; y el ultimo en materia dudosa, que parezca tambien militar en algun modo contra la Ley. No me empeñarè en se-

seguir todas las resultas, è inordinaciones, que estos exemplares deben causar en la República, y solo notarè los generales antecedentes, de donde el prudente pueda inferir sus consecuencias.

EXEMPLO PRIMERO.

ESTE exemplo, que tomamos de la Ley quince, titulo primero, libro quarto de la Recopilacion, comprehenderá la mas fina theorica de la costumbre.

Invocacion de
el brazo secu-
lar.

Es del todo conforme à Derecho, razon, y buen sentido, que las dos Potestades, espiritual, y temporal, tengan sus terminos, de que no les sea licito passar (1). Tambien es de la misma conformidad, que cada Potestad tenga su genero de armas, adaptables à su ministerio. La Espiritual, armas espirituales; la Temporal, armas temporales. Este orden es el que mantiene la harmonia en un Estado. Si estos terminos no se guardan, si las armas se confunden, todo será confusion, y desorden. Pero como en muchos casos, complicados entre personas de los dos estados para la administracion de justicia, sea preciso usar de es-

tos

(1) *Cum ad verum ventum est, ultra sibi, nec Imperator jura Pontificatus arripuit, nec Pontifex nomen Imperatorium usurpavit... cap. Cum ad verum, dist. 96. Non patet aliquis, ait Innocentius III. re-*

latus in cap. Novit 13. de Judiciis, quod jurisdictionem illustri Regis Francorum, perturbare, aut minuere intendamus, cum ipse jurisdictionem nostram, nec velit, nec debeat impedire.

tos dos generos de armas, deben entonces las dos Potestades mutuamente auxiliarse, invocando la que necesita auxilio à la otra para que se lo dè (1). Esto es lo que se llama invocacion del Brazo Secular, y Ecclesiastico: nombre sin duda muy proprio, con alusion al cuerpo natural, cuyo entero manejo para las operaciones de la vida, depende del auxilio de los dos Brazos.

Esto fuè lo que motivò la sabia disposicion, muchas veces repetida, y hoy inserta en la Nueva Recopilacion (2), en la que motivando nuestros prudentes Reyes, que asì como era de toda su intencion conservar à la Iglesia su jurisdiccion, asì tambien era justo, que los Jueces Ecclesiasticos no perturbassen la jurisdiccion Real; prohibe à estos hacer execuciones en los bienes, ò personas de los legos, mandando, que para estos casos invoquen el auxilio, ò ayuda del Brazo Secular.

Esta prudente disposicion, y conforme con el Derecho Canonico mismo, dexò de tener observancia; y los Jueces Ecclesiasticos no se persuadieron, que este auxilio les fuesse necesario para hacer execuciones en bienes de le-

(1) Cap. *Pernitiosam* 1. de *Officio ordinarii*, ibi: *Et cum opus fuerit, publicum convocent auxilium, non ad prejudicandum, sed potius ad ea, quæ Deo sunt placita prosequendum.* Cap. *Dilecto* 6. de *Sentent. excommun.* in 6. ibi: *Maximè quia hi duo*

gladii consueverunt (exigente necessitate) sibi ad invicem suffragari, & in juvamen alterius, subventionem mutua, frequentius exerceri.

(2) Leg. 14. tit. I. lib. 4. Recopil.

legos, y encarcelar sus personas, acaso persuadidos de autoridades de varios DD. (pues yá no es nuevo valgan mas que las Leyes) que refiere, y sigue Barbosa (1). Y así no es de maravillar el que se introduxesse costumbre contra lo prevenido en dicha Ley Real.

Para rebatir esta costumbre, promulgò el Emperador Don Carlos, y Doña Juana, à peticion del Reyno, junto en Cortes, otra Ley, (2) en que mandan guardar la Ley antecedente: „ Sin embargo, dice, de qualquier costumbre que se alegue, si la ha havido, por, que aquella ha sido sin nuestra ciencia. “ En vista de una Ley tan clara, promulgada en el año de mil quinientos veinte y cinco, es bien de admirar diga el señor Covarrubias (3), que rogado por las Cortes el Emperador Don Carlos V. jamás quiso promulgar Ley para derogar aquella costumbre introducida en varias Diócesis de España. Y así no es mucho sostenga el señor Covarrubias la costumbre contraria à dicha disposicion, cuya autoridad llevò consigo à los que refiere Bobadilla (4). De modo, que para estos DD. las citadas Leyes Reales son lo mismo en este caso, que nada. Y aun hubo quien se escandalizò de su disposicion (5).

Mas

(1) Barb. *de Offic. & potest. Episc.* p. 3. *alleg.* 107. n. 9.

(2) *Leg.* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *Recop.*

(3) D. Cov. *Pract.* c. 10. n. 2.

(4) Bobad. *Polit. lib.* 2. *cap.* 17. n. 170.

(5) Doct. Segura Davalosin *Direct. Judic. Ecclesiast.* p. 2.

c. 13. n. 29. Unde, inquit, valde miror quo jure quaque ratione, *lex Regni* 15. *tit.* 1. *lib.* 4. *Nova Collect. condita fuerit.*

Mas atentos otros, confiesan, que dicha costumbre quedò abrogada por Ley Real (1); pero resta entrè ellos indecisa otra controversia, sobre si quedò por dicha Ley prohibida la costumbre futura, ò lo que es lo mismo, si se puede introducir de nuevo otra semejante.

Para sostener la afirmativa escribiò de proposito el Doctor Gutierrez una question (2), en la que su mas poderoso fundamento son las palabras de la Ley: *Si la ha havido*; en que, segun este Autor, se denota costumbre preterita, no futura. Este partido siguen varios (3). Otros estàn por la negativa, concediendo solo por via de prescripcion immemorial (4). Se contentan otros con referir los Interpretes que tratan este punto, confesando mucha dificultad en su resolucion (5).

Seriamos demasiado molestos, si nos detuvieramos con nuestros DD. en las distinciones que hacen para la resolucion de este punto entre Causas Civiles, y Criminales, y su distincion de civil, ò criminalmente intentadas. Dexemoslos ocupados en sus laboriosas porfias; como tambien en penetrar lo mas intrincado del Derecho Romano, y Canonico,

(1) Bobadill. d. cap. 17. n. 170. Gutierr. lib. 1. Practic. quest. 45.	Offic. Ordinari. p. 2. cum alijs.
(2) Gutierr. lib. 3. Practic. quest. 31.	(4) Aceved. in leg. 1. tit. 15. lib. 4. Recop. num. 14. & 21.
(3) D. Vela in cap. 1. de	(5) Faría ad D. Covarr. Pract. cap. 10. n. 13.

para averiguar si los Obispos pueden, ò no tener *familia armata*, gente armada, que es el punto de donde se mueven todas las lineas de la presente controversia: asegurando alguno (1) ser muy cercano à error negar à los Obispos esta facultad.

Solo notaremos de passo, que la perplexidad con que tratan esta materia los Interpretes con opiniones, y conceptos entre si tan distantes, obra generalmente aun en Países en que parece tener la Ley alguna observancia, un decaimiento de animo en los Jueces, en sostener un Derecho, que en sentir de graves Autores (2) podian pretender, de informarse del modo con que se proceda en la captura, ò prision, ò otro genero de execucion contra los legos, con que, principalmente quando son personas circunstanciadas, pudieran contener mas de un desorden. La invocacion, pues, del Brazo Secular no se reduce à otra cosa, que à la manifestacion, que se hace al Juez del Despacho del Eclesiastico, y à veces de solo su firma, à que ciegamente el Secular obedece, dando el auxilio necessario. Rara, ò ninguna queja, ò recurso se oye, à lo menos en estos Países, contra el Juez, por haver indebidamente ministrado el auxilio, ni pro-

(1) Loterius *de Re benefic.* D. Velam *in cap. 1. de Offic. lib. 1. quest. 9. n. 96.* | *ordinar. à n. 3. Bobadill. Po-*

(2) Vide D. Amajam *in leg. litic. lib. 2. cap. 17. à n. 174.*
2. *Cod. de Exactorib. tributor.* | Et laudatos per Fariam ad D.
lib. 10. n. 35. cum sequent. | Covarrub. *Pract. cap. 10.*

providencia de Tribunal Superior contra quien indebidamente lo comunicò. En esto nada decimos, remitiendonos à los graves DD. que han tratado estas cosas (1).

EXEMPLO SEGUNDO.

EL cuerpo de Derecho de las Partidas ofrece varios exemplares de Leyes perdidas por el no uso, y derogadas por la contraria costumbre. Entre ellas elegiré una, por cuya innovacion, y observancia el Reyno de Galicia, y Principado de Asturias ha muchos años claman en Representaciones, que hicieron al Señor Don Phelipe IV. las continuaron ante el Señor Don Carlos II. Don Phelipe V. y Don Fernando VI. y las prosiguen actualmente ante la Magestad reynante del Señor Don Carlos III. à quien la Divina Magestad gloriosamente prospere dilatados años, para felicidad de la Monarquia Española, en cuyo conocido zelo del bien de sus Vassallos, deben estos Pueblos esperar el consuelo, por que hace tantos años suspiran, y ojalá que este feliz Reynado sea la venturosa epoca de sus alivios.

La Ley de que se trata es la sesenta y nueve, titulo diez y ocho, partida tercera, en la que, con arreglo à toda equidad, no obscuramente se dispone, que en los censos emphyteuticos, muerto el ultimo tenedor, se ha-

Renovacion
emphyteutica.

(1) DD. supra citati, & ab ipsis laudati.

ya de renovar el contrato à sus descendientes, sin poder el señor, el dueño de la cosa concedida en emphyteusis, pedir por esta renovacion sino algunos maravedises.

El ilustre Glossador de esta Ley (1) la nota como expresa, para precisar al dueño à la renovacion del contrato, acabadas las generaciones, ò muertas las personas à quienes se estendia la primer concession. No obstante, jamás vemos practicarse en este sentido, y solo en el de la comun tradicion de ser preferido el ultimo Emphyteuta à otro tercero, ofreciendo otra tanta pensión, y con tan buenas condiciones como el extraño; pidiendo la renovacion dentro de un año, y un dia, à similitud del Feudo. Explicaremos brevemente el origen del contrato emphyteutico, para que se conozcan los gravísimos fundamentos de la Ley, y la irracionalidad de la costumbre contraria.

Desvalido el hombre de otro empleo con que pueda sostenerse, facilmente se inclina à cultivar la tierra, como al trabajo mas proprio à que es dedicado por naturaleza, para sacar de ella el alimento necesario para la vida. Los terrenos fertiles, que no solo dispensan mucha parte del trabajo, sino que mas abundantemente responden à la industria, que en ellos se emplea, ocupados por los primeros pobladores, y sus generaciones, no dexaron à los venideros, y à sus ramos mas remotos, si-

no

(1) D. Gregor. Lop. *ibi* gloss. 7.

no los montuosos , y estériles.

El hombre , cuyas necesidades siempre avivaron su industria , no desconfia con sudor , y trabajo sacar fruto de lo mas inculto ; y como luchando contra la naturaleza misma , piensa vencerla con sus fatigas ; ò por mejor decir , piensa despertarla del sueño en que la inaccion la tenia sumergida.

Pero aun debe el que desea asì emplear su trabajo vencer otro estorvo , y allanar otra dificultad en que menos debia pensar. Esta es el consentimiento de los que se llaman Dueños , ò Señores del País , y que parecen dominar la misma naturaleza ; porque por mas estéril que sea un terreno , como nunca se reputa del todo inutil , rara vez dexa de tener dueño , ò verdadero , ò que tal se dice , sin cuyo consentimiento nada se hace.

Se ajusta el Labrador con el Señor verdadero , ò aparente , para que le permita cultivar algun terreno , no tanto alguna vez porque se persuada pertenecerle su dominio , como porque conoce tiene fuerzas , y poder sobrado para impedirle su cultura ; lo hace este tanto mas gustoso , quanto además de una pensión anual , que se le ofrece por un terreno , que antes poco , ò nada le producía , asegura por este medio su dominio. Se otorga entre los dos cierto contrato , que en Derecho se llama *Emphyteusis* , nombre Griego , que significa *nueva plantacion* , y el uso del País llama *Fuero* , en que por tres , ò mas vidas , ò generaciones se le permite al Labra-

Contrato emphyteutico.

dor, ò Emphyteuta, (que así se llama) y sus descendientes, ò herederos, el cultivo del terreno, pagando cierto canon, ò pensión anual.

Progresos del
emphyteusi.

Ajustado el contrato, principia el Colono à quebrantar, y arrancar peñascos, quemar, y cortar zarzales, y malezas; mover la tierra à duro golpe de hierro, sin que acaso en algunos años todo este trabajo le facilite alguna comodidad, fuera de la pensión anual, que debe pagar. Maciza barrancos, sangra, y seca charcos, lagunas, y pantanos, disponiendo, y conduciendo el agua, que antes esterilizaba estos senos, à sitios en donde ayude à la produccion; y acabada su vida entre estas fatigas, viene su hijo à proseguir los afanes de su padre.

Planta viñas, y arboledas, dispone verdes prados, hace huertos; y entre estos trabajos, paga con su vida el indefectible tributo à la humanidad. Succede el nieto, no tanto à gozar los descansos, que le procuraron su padre, y abuelo, como à continuar las mismas fatigas; y lo mismo hace el viznieto (si es que las voces del Fuero le comprehenden), adelantando, y perfeccionando el trabajo de sus ascendientes.

De modo, que yá lo que antes era un aspero terreno, en que no se veían sino peñascos, ò matorrales tenebrosos, que servían de grutas à las fieras, ò charcos inficionados, y habitaciones de viles insectos; ni otra produccion sino espinas, y yerbas nocivas, ò de

nin-

ninguna utilidad, yá parece un terreno ameno, y capáz de dár el fruto, que se proporcione à su clima, y un sitio delicioso, y tributario à las conveniencias del hombre. Yá cubierto de alegres viñas: yá rodeado de hermosas, y verdes praderias: yá coronado de fecundos arboles con frutos pendientes, que al mismo tiempo recrean la vista, y convidan al gusto: y lo que antes era una espantosa soledad, se vè adornado de casas, que los descendientes del primer Emphyteuta poco à poco edificaron, repartiendo en diversas familias, con que proveyeron tanto à su mayor comodidad, como al mas pronto adelantamiento del cultivo.

En este estado, muere el ultimo Emphyteuta. El Señor del terreno verdadero, ò aparente, que lo vè à sus ojos tan florido, ignorando, ò no cuidando de lo que antes era, y del sudor, y sangre que lo puso en el presente estado, forma intencion de apropiárselo, para hacer alguna granja, casa de campo, de recreo, ò cosa semejante: ò poco satisfecho con una pensión, que le parece tenue, pretende la correspondiente al actual estado: ò quiere entre estos pretextos introducir algun nuevo Colono de su devocion.

Para la assecucion de alguno de estos intentos, trata de despojar à los descendientes del Emphyteuta, y dice pagará los mejoramientos que pruebe haverse hecho. Esta pobre descendencia no puede oponerse al dominio, que en la Escritura del emphyteu-

Fin del em-
phyteuta.

Si confesso su ascendiente, ò primer recipiente; solo pide se le renueve el contrato.

Dificultades
sobre la re-
novacion emphy-
teutica.

Se vale el Señor, ò sus Agentes de mil artificios, para frustrar la renovacion. No le hace estorvo la Ley del Reyno, porque dice está derogada por contraria costumbre; ò porque es Comunidad Eclesiastica, en perjuicio de cuya inmunidad no tienen vigor las Leyes Seculares (1). O se vale de una Ley Cesarea (2), bien, ò mal entendida, que parece favorecer à la no renovacion en bienes de Iglesia, ò cosa pia, haciendo frequente con esta Ley à la del Reyno, para que esta segun aquella sea entendida, como es general en las Leyes de las Siete Partidas el ser interpretadas en el sentido de las Romanas (3). O alega, que quiere retener para si los bienes emphyteuticos, è incorporarlos con otros, que cultiva por criados, ò conductores, con lo que pretende cessar el fin de las Leyes, y de la equidad (4). No le obstan los Interpretes, de quienes es facil desasirse, echandolo à confusion, y complicando autoridades con autoridades, y DD. con DD.

Aflicciones de
los pobres em-
phyteutas.

Entre estas contiendas, embueltas con el fuego de muchos ardides, el pobre emphyteu-

(1) Pirhing. in *Jus Canon.* ad tit. de Constitution. n. 75.

Bobadill. *Polit. lib. 2. cap. 18.*

num. 2. Vide supra hoc lib. disc. 2.

(2) *Authentic. de Non alie-*

nand. rebus Eccles. §. Quod autem, vers. Nec illud, coll. 2.

(3) Vide supra hoc lib. discurs. 3.

(4) Piton. *Discept. Eccles. discept. 153. n. 36.*

teuta reconoce el poder del enemigo contra quien debe litigar. Este suele ser alguna persona poderosa, ò Comunidad Eclesiastica, à quienes los gastos del pleyto nada empobrecen, y en favor de quienes los Agentes, Solicitadores, y mas dependientes de Justicia, siempre muestran mucha solicitud; y vigilancia, no solo por la buena, y pronta retribucion, que esperan; sino tambien por la muchedumbre de otros negocios, que jamás les faltan, con que los enriquecen; ù otro particular astuto, en quien la industria suple la menos opulencia, y le constituye en las mismas circunstancias. Contempla el mismo Emphyteuta quàn pobre será la cassacion de perfectos, y mejoramientos: quanta trampa se juega en esto: la dificultad, y gastos de su prueba; si yà (como frequentemente se hace) por pacto no están excluidos (1). Teme verse expuesto à mendigar, y con el dolor de dexar en manos ajenas la habitacion, sudor, y fortuna de sus mayores (2); y aun no solo

N 3

los

(1) Antúnez Portugal de Donation. Reg. lib. 3. cap. 22. n. 86. Pineyro de Emphyteusi, disp. 3. n. 7.

(2) Quid enim inhumanius est, quid crudelius, quid magis impium, & bonae charitati alienum, quam finito emphyteutica concessionis praescripto tempore, ultimi morientis heredem, & successorem bonis emphyteuticis,

& fundae beneficiario, in quo defecit pater, ipse minor crevit, & majorum imagines, aut fixas non videre, aut revulsas intruere, satis lugubre est, denudare, exuere, & miserè spoliare? Quid tristius, aut infortuniosius esse potest, quam emphyteusim, quam avus ad culturam redegit, pater melioravit, nepos amplificavit, ades, ac

los bienes emphyteuticos, sino tambien otros propios, ò apropiados de los comunes, y valdios, que por la vecindad con aquellos, suelen correr riesgo en semejantes demandas (1).

Cómo se sue-
lan transfigir
estas contro-
versias.

Embuelto, pues, el Emphyteuta entre estas consideraciones, que, ò le ponderan los Abogados, ò le ponen presente sugetos de experiencia, ò à veces sin consideracion alguna; preocupado del miedo, que concibió à su enemigo, no halla otro recurso, que, ò comprar la renovacion con un dinero, que suele quedarse entre las manos de los que agencian por el dominio directo, sin constar haverse recibido, y aun con algun aumento de pen-
sion,

*colapsa edificia fulsit, ac exuta
sterilitate, suo labore, ac in-
dustria circa ullam directi do-
mini impensam, fructuosam red-
dit, à descendente auferri, &
extorqueri? ... Caldas Perey-
ra de Renovat. Emphyt. quest.
8. num. 22.*

*nation. lib. 1. pralud. 2. §. 7.
n. 105. Hermosilla in leg. 15.
tit. 5. part. 5. gloss. 3. n. 9.*

Con cuya apropiacion, fue-
ra de su verdadera intelligen-
cia, experimentan los Labra-
dores, y otros particulares;
graves perjuicios; (Cond. Car-
den. de Luc. *Conflict. legis, ob-
servat.* 203.) y no ménos
con la general doctrinela, apli-
cable à algun caso, pero mas
frequentemente faláz, de que
todos los bienes que posee el
Emphyteuta, se presumen em-
phyteuticos, no constando
quáles sean los por que se pa-
gaba el canon. *Parlad. Differ.
Quotidian. differ. 71. §. 3. n. 8.*

(1) Estas demandas se sue-
len poner por territorio con
nombre universal, ò coto, co-
mo dicen, redondo, para
comprender todo lo que
en la universalidad de su ex-
pression, ò entre confines,
bien, ò mal probados, se en-
cuentre. En cuyo apoyo se
suele hacer grande cumulo de
autoridades. Antunez de Do-

sion, ò constituir un exorbitante canon, tal qual, ò poco menos que el que otro estraño, que entre en los trabajos agenos, ofrezca; y no pocas veces con obligacion de reconocer por Emphyteuticos muchos bienes, que como propios, ò alodiales mezclados, ò à la immediacion del territorio aforado, possèia.

Si, pues, por alguno de estos modos pudo evitar la infelicidad de ser despojado, y consiguiò la renovacion; prosigue de nuevo, y sus descendientes, por otras tres, ò mas vidas en mejorar el territorio, todo en beneficio del Señor, que acabadas las voces, buelve à lo de antes, despojando, ò aumentando la pensión.

Y prosiguiendo de este modo, las Comunidades, y otros Poderosos se enriquecen con el sudor de los Labradores, al passo que estos, oprimidos de trabajo, pobreza, y miseria, desfallecen, pues no aumentando en bienes, se les aumenta nuevas pensiones, sin diminucion de las antiguas.

Pagan con gusto, y fidelidad diezmos, y primicias. Lo hacen tambien de oblaciones, que en muchas partes yá se cobran de cota fija, como canon, y pensión, sin esperar que en ello tenga parte la voluntad del oferente. Votos al Apostol Santiago, ò à otras Iglesias, sin medida uniforme en algunos parages: vallages de diversas especies, y nombres: luctuosas Abadias, ò Espolios: tributos Reales, que no oprimen por si mismos, sino por

Pensiones que
están sobre los
Labradores.

recaer sobre tantas contribuciones.

El afligido Labrador, à quien la frecuente escasez de los años añaden mayor pena, sin rebaxa de contribucion alguna, suele buscar alivio en la venta de nuevas pensiones, lo que no alivia por entonces, sino para oprimirle mas en lo venidero, hasta que cayendo baxo tanto peso, ò se echan à mendigar por el mundo, ò desconociendose à sí mismos, viven como brutos, con quasi los mismos alimentos que éstos, y con poca menos indecencia en sus habitaciones, atrayendo en sí el oprobrio del resto de España.

O humanidad, quién vindicará tus derechos! O Leyes pervertidas! O Derecho Natural! O Derecho de Gentes! O bienes Eclesiasticos, à quienes el Derecho Canonico llama, y con razon, votos de los fieles, precio de los pecados, patrimonio de Jesu-Christo, y hacienda de los pobres (1)! Quanto mas debieran zelar tus Administradores el que los Emphyteutas, cuyo sudor les enriquece, vivieran satisfechos de que no se apropiaran sus fatigas, en que tanto harian manifestacion de la justicia que professan! cómo se mostrarian digno exemplo de rectos procederes à otros

(1) *Quia juxta Sanctorum Patrum traditionem novimus, res Ecclesia vota esse fidelium, preterea peccatorum, patrimonia pauperum. . . Cap. Quia 16. q. 1. Et Beatus Hieronymus relat. in cap. fin. ead. c. &*

q. Quoniam, inquit, quidquid habent Clerici pauperum est, & domus illorum omnibus debent esse communes, suscepcioni peregrinorum, & hospitalitati invigilare debent. . . Omitto plura.

otros Señores, que no piensan errarlo quando siguen sus maximas? No piensen disculparse con opiniones, y costumbres, pues Je-
su-Christo no dice: Yo soy costumbre, ò opinion, sino: Yo soy la verdad (1).

Cada vez que considero la infelicidad de muchos de estos Labradores, se me acuerda (aunque conforme en todo con la Divina Providencia) el pensamiento de Jeremias (2), que lloraba el dia de su nacimiento, por haverle atraído la vista de los males, que amenazaban à su Pueblo. Por grande que sea esta miseria, aun debe esperarse mas en lo venidero, si es que para prevenirla no se hallare remedio.

Aun debe esperarse otro perjuicio no menos nocivo à la República, y es el decaimiento de la agricultura, ò à lo menos de sus progressos en reducir à labradio terrenos incultos; pues los Labradores despojados de los bienes, que con el sudor de sus mayores recibieron aquel beneficio, ò empobrecidos con el exorbitante aumento de pensiones, no pueden ser buenos exemplares, que animen à

Decaimiento de la agricultura en la no corriente renovacion emphyteutica.

otros

(1) Joann. cap. 14. v. 6. B. Gregorius relatus in cap. Si consuetudinem, distinct. 8. Si consuetudinem, inquit, fortassis opponas, advertendum est, quod Dominus dicit: Ego sum veritas, & vita, non dicit: Ego sum consuetudo, sed veritas. Et certe (ut B. Cypriani utamur sententia)

qualibet consuetudo, quamvis vetusta, quamvis vulgata, veritati omnino est postponenda, & usus, qui veritati est contrarius, abolendus.

(2) Quare de vulva egressus sum, ut viderem laborem, & dolorem, & consumerentur in confusione dies mei, Jer. 20. v. 18.

otros à un trabajo , que ven experimentalmente ha de redundar en utilidad agena , no pudiendo prometerse en sus descendientes el fruto de sus fatigas.

La razon de renovacion no es igual en todos los emphyteusis.

Es verdad , que no en todos los Fueros , ò contratos emphyteuticos concurre una misma , è igualmente viva razon de renovar ; porque no en todos necesitò la tierra de un igual afán del Labrador para reducirla à cultura ; pero por lo general todas las concessiones emphyteuticas tuvieron por motivo la esterilidad. Y ultimamente , si los actuales poseedores de los Fueros no trabajaron en la cultura de las tierras que comprehenden , es no obstante cierto son descendientes , ò de otro modo derriban derecho de aquellos , cuyo sudor se empleò en fertilizarlas , aunque ellos vivan con mayor comodidad.

Es este un assunto , que pide mucha atencion , y que merece un Tratado separado : me contento por ahora con lo dicho por exemplar de las Leyes , à quienes la contraria costumbre quitò su uso.

EXEMPLO TERCERO.

LA costumbre en los dos exemplos propuestos parece milita inmediatamente contra la Ley. Pondrèmos el tercero en una costumbre , que parezca à la Ley indiferente , ò como dicen *præter legem* ; y pues que en el exemplo passado hemos nombrado la Luctuosa , como una de las contribuciones , que

que concurren à hacer pobres, y miserables los Labradores de Galicia, no teniendo otro fundamento este Derecho, que en la costumbre; nos servirá de asunto en este exemplo.

Y siendo este nombre en muchas partes de España enteramente desconocido, digamos primero lo que significa. El sonido de su voz luego dá à entender una cosa triste, y melancolica; y en efecto no es otra cosa la *Luctuosa*, que el derecho de percibir de los bienes de los difuntos la mejor alhaja que haya entre ellos. Les pareció à algunos, y no con poca razon, deber llamarse *gaudiosa*, porque si bien que sea su contribucion luctuosa, ó triste à los herederos del muerto, no es menos alegre à quien la percibe (1).

Luctuosa en quanto à su general accep-
cion.

No puede negarse à la Luctuosa mucha antigüedad, sin que por esto sea menos nociva; pues las corruptelas, tanto mas dañan, quanto tienen mas largo tiempo de observancia. Afirma Burgos de Paz (2) haver oído, que Don Alonso, Rey de Leon, mandò por Ley se pagasse en donde huviesse costumbre. Y aunque este grave Autor, poco satisfecho de oídas vulgares, procurò buscar el original de dicha Ley; solo pudo encontrar un exemplar no autentico, reducido à muy pocas palabras (3): „ Mandamos, dice, se pague la Luctuo-
„ sa

Antigüedad
de la luctuosa.

(1) Barbosa *de Officio, & potestate Parochi*, cap. 24. num. 32.

1. Tauri, n. 312.

(3) *Luctuosam mandamus dari, ubi est usus, & consuetudo terrarum.*

(2) Burgos de Paz *in leg.*

„ fa en las tierras en donde hayga este uso,
 „ y costumbre.

Por mas grave que sea la autoridad de este Escritor , solo es en este asunto un testigo de oídas , y referente à un Documento no autentico , sin que merezca mas fé de la que merece el tal Documento. Sin embargo , se alega su autoridad en favor de la Luctuosa , y con una prueba aun despreciable , para condenar à un particular à la paga de veinte reales , como es la de testigos de oído ageno (1) , y relativos à Instrumentos no autenticos (2) , se pretende fortalecer una costumbre no menos gravosa à los particulares , que odiosa , y perjudicial al bien público.

Haviendo reynado en Leon varios Reyes del nombre de Alonso , parece mysterio el no señalarnos quién de estos fuè el que hizo dicha Ley. Sin duda el Rey mas proprio de este nombre , para darnos Leyes , fuè Don Alonso el X. Rey de Castilla , y de Leon , de cuyo orden , no solo se hicieron las celebradas Siete Partidas , sino que tambien se reduxeron à escrito las costumbres , que servian de Leyes à los Pueblos (3). Pero no se halla , ni en una , ni en otra Obra la mas leve razon de semejante Luctuosa : lo que es fuerte argumento , que esta costumbre , si yá entonces la havia,

la

(1) *Cap. 33. de Testib. ubi* | *do. Escob. de Purit. p. 1. q.*
DD. leg. 28. tit. 16. part. 3. | *13. §. 4. n. 33.*

(2) *Autentic. Si quis in aliquo documento , Cod. de Eden-* | *(3) Vide supra lib. 1. discurs. 4.*

la tuvo este sabio Legislador en concepto tan odioso, que no solo no habló de ella entre las Leyes, pero ni aun quiso nombrarla entre las costumbres, para que no quedando, ni en uno, ni en otro cuerpo de Leyes noticia de ella, mas facilmente se olvidasse.

No obstante, la noticia que nos comunica Burgos de Paz, dá bien à entender el poco caso que el mismo hace de ella; pues sin atreverse à dár por razonable la costumbre de la Luctuosa, que tributan los vassallos à los dueños jurisdiccionales, solo parece se inclina à aprobar la que pagan los parroquianos à sus Curas, de que en su lugar trataremos.

Hemos de distinguir, para proceder con claridad, tres especies de Luctuosa, ò gaudiosa. Una, la que pagan los vassallos al dueño de la jurisdiccion, ò solariego, la que por ser la mas comun, nombraremos con la denominacion general de Luctuosa. Otra, que pagan los parroquianos à sus Curas, à la que, según el uso de Galicia, llamaremos Abadia. La tercera, que pagan los Clerigos à los Clerigos, ò à sus Superiores Eclesiasticos, que señalaremos con el nombre de Expolio. Debemos, pues, hablar con separacion de cada una de estas especies, haciendo algunas particulares reflexiones en demonstracion de su irracionalidad, è incertidumbre.

Distinguense
tres especies
de Luctuosa.

LUCTUOSA.

Què se en-
tienda por
Luçtuosa.

ENtendemos, pues, para mejor claridad, y distincion, por el nombre general de Luçtuosa la mejor alhaja que se encuentra entre los bienes del vassallo difunto, que sus herederos deben entregar al dueño de la jurisdiccion.

Como la mejor alhaja de un labrador fuela ser un buey, caballeria, ò otro animal quadrupedo; de aqui es, que en Galicia la Luçtuosa se concibe por el derecho de percibir de los bienes del muerto la mejor alhaja de quatro pies, no que precisamente sea un animal, sino tambien (lo que no puede oirse sin risa) qualquier mueble que tenga quatro pies, como un bufete, ò mesa, arca, &c. Si es que vivió tan infelizmente el Labrador, que no dexò entre sus bienes alguno de aquellos animales.

Què personas
paguen Luc-
tuosa.

Jamás los Nobles se sujetaron à este tributo, y solo lo pagan los del estado llano. (1). La costumbre, siempre irregular en sus procedimientos, eximiò de esta triste gavela à aquellos, que era mas justo estuviesen à ella sujetos, esto es, à los celibatos, ò no casados, en quienes no concurriendo hijos, tan acreedores à los bienes de sus padres, sería menor el perjuicio (2). Tambien eximiò, so-
lo

(1) Garcia de Nobilitat. gloss. |
7. n. 2.

(2) Ex Garcia de Expens. cap.
9. n. 2.

lo acafo en efto benignamente , à las mugeres caſadas , que murieren antes de fus maridos ; pero verificandose haver ſobrevivido el marido , les es irremediable pagar eſte fu-neſto tributo (1).

No es eſta contribucion (à lo menos aſi ſe pretende , y demueſtran diarias contiendas) por fuegos , ſino por matrimonios ; pues aunque dos , ò mas matrimonios vivan con un ſolo fuego , meſa , y manteles , cada uno eſtá ſu-jeto à ſu reſpectiva luéтуofa. De modo , que como es regular , tratando un padre , para alivio de ſus penoſas fatigas del campo , de caſar algun hijo , ò hija en caſa , al miſmo tiempo que procura ſu conſuelo , diſpone muchos diſpendios , multiplicando luéтуofas , prepoſ-terado , como no es infrecuente , el natural orden de la mortalidad.

Aun en eſto ſuele haver muchas incerti-dumbres , y pleytos perplexos ; pues lo pri-mero puede bien dudarſe , el que en eſte ca-ſo de haver vivido el hijo , aunque caſado , indiviſamente conſtituyendo una ſola familia con ſus padres , deba luéтуofa : (2) dificultad , que no puede decidirſe por deduccion de con-ſeſuencia de legitimos principios , atento ſe ignoran los de la Luéтуofa , ò ſon tan obſcu-ros , que no pueden producir ſino tenebro-ſas conſeſuencias. Lo ſegundo , y poeſto ſe de-

En qué cir-
cuſtancias ſe
deba eſte tri-
buto.

(1) Parlador. *Quorid. Diſfe- rent. differ.* 38. §. 1. n. 8. | *cap. 5. num. 29. Cond. Par- lador. dict. differentia* 38. nu-
(2) Bobadilla *Politica lib. 5.* | *mer. 8.*

deba en el caso este tributo, debiendo salir de los precisos bienes del muerto, fueren allegar los padres ser todos los que hay en casa suyos, replicando los interesados en contrario, yá con las capitulaciones matrimoniales, en que los padres constituyeron ciertos bienes à sus hijos para sostener las cargas del matrimonio, yá en razon de la multiplicacion de ganados, y adquisiciones hechas durante la compañía, en que el muerto tenia su parte, cuyas liquidaciones nunca se hacen sin muchos gastos, y molestias, que ocasionan mas pérdida, que el importe de la luctuosa principal, y halla el Labrador mas alivio en pagarla, ajustandola por lo que pueda, que el meterse en tan amargas contiendas.

Muriendo padre, e hijo dentro de un año, pensaron algunos no deberse mas que una luctuosa. Pero en esto nos remite Balmaseda (1) à la prueba de la costumbre; que no es menos, que remitirnos á un pleyto siempre incierto, como es la costumbre, y que por otra parte debe litigar el Labrador con el dueño de la jurisdiccion.

Origen de la
Luctuosa, y su
exaccion.

Es dificultoso buscar entre los DD. (2) otro origen à esta Luctuosa, mas que el que comun-
men-

(1) Balmaseda *de Collect. q. 4. n. 18.*

(2) Sospechò Balmaseda *de Collect. q. 4. n. 18.* traheria origen la Luctuosa del derecho de succession del señor à

sus vassallos, muriendo sin hijos; pero esto podrá passar por sospecha, y acaso no essenta de temeridad, en que no debemos detenernos.

mente se presume en toda especie de gravosas imposiciones, à que los vassallos viven sujetos para con los dueños de las jurisdicciones, y solariegos; esto es, opresion, violencia, y tyrania. Por esto regularmente los DD. reclaman contra semejante costumbre, como cruel, tyranica, iniqua, y del todo contraria à la razon (1).

Pero como à la posesion immemorial se atribuye la virtud de purgar toda presuncion de violencia, y tyrania (2); assegurada con esta posesion la Luctuosa, corre sin riesgo por los Tribunales.

O

Aun

(1) El Politico Bobadilla, lib. 2. cap. 16. n. 117. habla de la Luctuosa, entre otras imposiciones de los Señores à sus Vassallos, en estos terminos: Esta imposicion de pedir pedradas, y ropa, y otras que los Señores cargan à sus Vassallos, como son que les den presentes quando se casan ellos, ò sus hijos, por las Natividades... y lo que usan en algunos Pueblos de Galicia, que lleva el Señor la mejor ropa, ò alhaja, ò buey del Vassallo que muere, lo qual Haman vulgarmente luitosa, son todas imposiciones odiosas, y se han de restringir, y se presume que fueron de mera voluntad, y facultad; ò

por miedos, ò prisiones, y violencias, fueron tyranicamente introducidas. Y para referir en un solo Escritor lo que se halla en muchos, puede verse à Lagunez de Fruct. p. 1. cap. 15. §. 4. n. 173. en donde despues de citar Garcia, y Bobadilla, añade: *In luctuoso illo gravamine, aut impositione Regni Gallæciæ, quod præ omnibus odiosissimum reputatur, unde id ultra cetera gravamina nimis DD. abhorrent, tanquam omni juri, rationi, & equitati repugnans...*

(2) Bobadilla dict. n. 117. Lagunez loco citat. à num. 104. Garcia de Expens. cap. 9. num. 23.

Aun el rigor de la immemorial se necesita solo en el Juicio de Propriedad, no quando se disputa en Juicio Possessorio (2), en que suelen los Señores, probada la quadragenaria, obtener favorables interdictos, para mantenerse en una possession, que retienen con mucho cuidado, à fin de hacerla impenetrable en el Juicio de la Propriedad.

Exaccion de la
Luctuosa no
es en todos los
Cobradores
igualmente ri-
gida.

Debo, no obstante, confessar, que muchos Grandes Señores, que poseen Estados en Galicia, cobran este derecho en un modo tan benigno, que conservando solo su possession, apenas se puede decir graven con ella à los Naturales; pues además de no cobrarla en casos dudosos, suelen sus Mayordomos darse por satisfechos con la contribucion de uno, ò dos ducados por razon de este derecho, quando en su rigor debiera ser el mejor buey de labranza del difunto: con que es preciso contentar à otros, principalmente de aquellos que viven entre sus Vassallos.

Quando se sue-
la cobrar con
rigor.

Esta desgracia suelen experimentar los sujetos à jurisdicciones de Prelados; no porque en estos Señores Eclesiasticos falte la piedad, que demuestran en sus diarios procedimientos, sino porque viviendo retirados del comercio del mundo, y alexados de las pobres chozas de los Labradores, no pueden entender (à lo menos con conocimiento práctico, que es el que solo dá vivos colores à las

ima-

(2) Balmaseda de Collect. q. 140. ex leg. 8. tit. 15. lib. 4.
4. n. 18. Lagunez 1. c. num. Recopil.

imagenes de los objetos) lo que passa en ellas. Sus rentas, y con estas las Lucruosas, se cobran por Arrendatarios, en quienes no habiendose en modo alguno transferido con el arriendo la piedad de quien lo hizo, no creen deber dispensar gracia alguna à los pobres difuntos, y sus herederos, de lo que ellos dicen tener comprado con su propio dinero, respondiendole fuertemente à las instancias de las pobres viudas, y huérfanos, que acudan al Prelado, que le rebaxe del arriendo la gracia que le piden. Este recurso jamás se hace, porque se conocen bien las dificultades que hay en practicarlo.

Aun no obstante, los Arrendatarios son hombres, y viven con todo el vulgo en la opinion que esta costumbre es tyranica. Hay en muchos de ellos sentimientos de equidad; y si conocen que su arriendo les sale lucrativo, no es dificultoso ajustar con ellos alguna moderacion; pero si es que preveen algun riesgo de pérdida, se hace incomponible con ellos ajuste moderado, aplicandose à si mismos en estas circunstancias el axioma que dice, que la caridad debe principiarse por quien la exerce.

Es sin duda digno de la mayor commiseracion ver à una pobre muger afligida con la muerte de su marido, y fiel compañero en sus trabajos, rodeada regularmente de un fecundo numero de niños, como es regular en las Gallegas, desnudos, ò mal vestidos; cuyos desconsuelos, tanto mas se aumentan,

Circunstancias en que se hace mas odioso este tributo.

quanto los considera sin padre, el que apenas facan el cadaver de casa para darle sepultura; quando tambien le llevan el mejor buey de su labranza, ò la mejor baca de leche. Una muger de esta classe, cuyas esperanzas se reducian à facar de las entrañas de la tierra con el auxilio de algun hijo crecido, ò de algun pariente, el alimento para aquellos huerfanos; si le despojan del buey de labranza, le privan del auxilio destinado por naturaleza, con que fortificaba su esperanza: si le privan de una baca de leche, le roban la mas abundante provision; en que afianzaba el nutrimento de sus hijos.

Si, como muchas veces acontece, la muerte de la viuda sigue sin mucha intermision à la de su marido, el segundo buey vá à buscar su compañero, y la casa de los huerfanos despojada de entrambos: sus tierras incultas, ò mal cultivadas, porque les faltan los precisos auxilios, con los que pudiendo ser utiles à la República, como Labradores, se convierten sin ellos en inutilles, ò nocivos mendígos.

Luctuosa perjudicial à la agricultura.

Además de la razon de commiseracion, que solo mira al perjuicio particular, hay otras, tanto mas fuertes, quanto tocan al perjuicio público. Como no puede dudarse, que la agricultura sea una de las mas sólidas raíces de las riquezas del Estado, ò la verdadera productora de sus mas ventajosas comodidades, assi tampoco debe ponerse en duda, que sin animales de labranza no puede soste-

tenerse. La Luctuosa , pues , despojando à los Labradores de los animales de labranza , despoja al Estado de sus verdaderas riquezas , y de sus mas ventajosas comodidades.

Reflexionemos mas bien este importante punto. Es constante , que en las mas de las casas de Labradores hay algun padre anciano , ò viuda , ò otro pariente , ò parienta , que fuè casado , y viven en compañía , ayudando al trabajo del padre de familias. Es por consiguiente constante , que en las mas de las casas , además del de alguna inesperada muerte , hay un riesgo actual de pagar en breve alguna Luctuosa. Los Labradores , pues , que igualmente sienten el interès de la Luctuosa , como el pagarla , por el concepto en que viven de tyranica , no tratan de tener buenos bueyes de labranza , que hayan de servir para el pagamento de este fúnebre tributo , contentandose con unos ganados de poco valor , insuficientes para las penosas tareas de la agricultura. Y si es que àun los tienen , sobrepun- dando el comun riesgo , apenas lo ven probablemente proximo , quando se deshacen de sus preciosos bueyes , de los que viven despojados en quanto dura el peligro ; y así , las mejores Luctuosas son de las muertes mas funestas , esto es , de las repentinas , para añadir mas afliccion à un mayor desconsuelo. En todo esto , claro es padece mucho la agricultura , y por consiguiente la República , à quien es tan necessaria.

Despues de escrito esto , sucediò el siguien-

Exponense
otros agravios
que el bien co-
mun recibe,
con ocasion de
Luçtuosa con
un caso recien-
te.

te caso , que aunque parezca minimo en su substancia , no es poco explicativo del agravio , que el bien comun recibe en la Luçtuosa.

Haviendo dos hombres temerariamente emprendido , en un dia de grandes avenidas, transitar en un pequeño barco , el Miño , dirigiendose à sus Aldèas , el uno se ahogò , y el otro saliò con mucha dificultad. Luego que el Arrendatario de la Luçtuosa de aquel Partido supo este lance , antes que se sacasse el cadaver del rio , ò huviesse noticia autentica de esta muerte , se fuè à casa de la viùda del ahogado , y con autoridad de Justicia extrajo la mejor de dos bacas , que en ella havia , poniendola en poder de un tercero por via de deposito de tan lugubre tributo.

El ahogado , y su muger eran tan pobres, que no tenian animales propios para el cultivo de sus tierras , y solo à favor de un vecino usaban de aquellas bacas con cierto pacto de lucro , ò gananciales en sus creces , y crias , segun la costumbre del País. Haviendo la viuda dado parte al dueño de las bacas de la extraccion , que no havia podido impedir , acudiò éste ante el Juez , haciendo sus diligencias sobre la recuperacion del animal depositado. Tuvo la fortuna de haver hecho el entrego de estos animales al difunto à vista de testigos , por cuya informacion constò ser aquellas bacas las mismas que el dueño havia entregado. Aun no obstante , por

in-

cidentes que se ofrecieron, solo pudo conseguir hasta ahora , despues de no pocos gastos , y molestias, el que se le entregasse el animal depositado , con fianza de bolverle quando se le pida.

Este exemplar embuelve mas consecuencias perjudiciales al bien comun de las que à la primer inspeccion se manifiestan ; porque es muy frequente , que los Labradores usen de animales agenos para sus labranzas , con el pacto acostumbrado de gananciales. Esta especie de comercio es utilissima à la República , pues por èl se consigue , no solo el que no falten animales para el cultivo , sino tambien su multiplicacion. El estorvo en este trato perjudica gravemente à la Comunidad; pues faltando al Labrador caudal para proveerse de estos animales , y no pudiendolos adquirir de otro modo , sus tierras quedarian incultas, pudiendo aprovecharse la República en su produccion; y sus pastos quedarian inutilés, pudiendo servir para la nutricion , y fecundidad de estos animales. Y quién, reconociendo las dificultades que padecen los dueños en reintegrarse en ellos, y libertarlos del tributo de la Luctuosa, se querrá exponer à gastos , y molestias?

Es verdad podrán retirarlos quando vean algun riesgo ; pero quién prevendrá el riesgo de una muerte repentina , ò desgraciada , como la de nuestro exemplar ? Ni pierde poco el bien comun en que este comercio falte en las casas en donde hay otros riesgos , aunque

no sean del mismo orden.

Es verdad tambien pueden los dueños, quando entreguen à los Labradores estos animales, precaucionarse con buenos Documentos, por los que conste en toda contingencia ser suyos. Pero què, será preciso otorgar en cada uno de estos entregos un Instrumento guarantee? O en las diarias mutaciones, y transmutaciones de ganados llamar testigos fidedignos para hacer informacion quando se ofrezca? Esto hizo el de nuestro exemplo, y no obstante no se libertò de gastos, y molestia; y acaso, à no hallarse con animo, y medios para litigar, perderia su alhaja. Las marcas, ò señales que suelen poner los dueños à sus ganados, no son suficientes para libertarlos de este tributo; pues pueden ser fingimiento con animo de defraudarle; ni esta precaucion faltò al de nuestro exemplo, sin que por esto quedasse essento de varios tropiezos. Mas laudable es la buena fé con que se procede en este trato en los parages que desconocen este triste tributo de Luctuosa.

Ultimamente, interessandose tanto la República en este comercio, como de quien pende, no menos la cultura, y produccion de granos, que la multiplicacion de estos animales, tan utiles, por tan varios respectos, à la sociedad, no debia en èl tolerarse el mas leve obstaculo, pues en qualquier estorvo sufre mucho el bien comun.

Añado por conclusion à lo dicho, en asunto de Luctuosa (por ahorrarme de decir

mucho mas) que las diferencias , y pleytos que en esta materia se suscitan , no pueden ser mirados de mal semblante por los Jueces inmediatos , que los mismos dueños de las jurisdicciones , à quienes pertenece la Luctuosa , ponen à su placer , y que contribuyen no poco , por no incurrir en la nota de ingratos , à fortificar esta possession.

Frecuente ocasion de sostenerse este tributo , sin embargo de su odiosidad.

ABADIA.

LA segunda especie de Luctuosa , que llamamos Abadia , verosimilmente tomó este nombre del tratamiento de Abad , que comunmente damos en Galicia à los Parrocos. Solo , pues , propriamente nombramos Abadia à aquel tributo , que los Curas , como tales , perciben de los cadaveres de sus Feligreses (1). No solo en Galicia , sino tambien en otras partes , es conocida esta costumbre ; pero con el nombre general de Luctuosa. (2).

Etymologia del nombre Abadia.

Aunque esta percepcion puede ser de algun quadrupedo , como la Luctuosa , se reduce comunmente al mejor vestido del muerto , ò à su cama , y à veces à entrambas cosas : y de esto , por lo regular , una pieza de vestir , ò de ropa de cama , ò entrambas. Hay parage en donde ni los zapatos del muerto , ni los pendientes , ò almenдрillas de la difunta , quedan

Què se comprehenda en este tributo.

(1) Garcia de Expens. cap. 9. | 2. cap. 21. n. 160. Barbosa
n. 1. cum seq. | de Offic. & potest. Parochi, cap.

(2) Gutierrez Canonic. lib. | 24. n. 32.

dan exceptuados. No hay en esto regla fixa, pues la costumbre varía de Lugar à Lugar, tanto sobre la cantidad, y qualidad de la contribucion, como de las personas que deben contribuir, y en algunos falta absolutamente.

Luctuosa, y Abadia no son incompatibles

Estas dos especies de Luctuosa no son incompatibles, y entrambas se pagan en donde hay costumbre, pues la que percibe el Dueño de la jurisdiccion, nada tiene que ver con la que se paga al Parroco.

Abadia, y Luctuosa no son tributos igualmente odiosos.

Los DD. no conocen en la Abadia el tyránico origen que comunmente dán à la Luctuosa. Tan rigidos contra esta se demuestran, como favorables à aquella. Para la Abadia se contentan con posesion decenaria, ò de diez años, quando para la Luctuosa apenas se contentan con prescripcion immemorial. (1)

No obstante no puede negarse, que la Abadia, quando por lo general no deba contemplarse tan odiosa por el piadoso motivo, que debe presumirse haverle dado origen; ni sea por lo general tan gravosa, por reducirse à menos su contribucion, no contenga mucho de irracionalidad. Los perjuicios al público son los mismos que en la Luctuosa, quando es una misma la contribucion, con sola la diferencia de la persona à quien se contribuye.

Origen de la Abadia.

A uno de dos motivos debemos referir la Abadia. Acaño antiguamente en Galicia se observò (lo que fuè costumbre universal de la

la Iglesia) (1) el dár sepultura à los cadáveres, sin que el difunto contribuyesse con expensa alguna; y que los herederos, en gratificacion del beneficio que recibian, se demostrassen liberales, dando à la Iglesia, ò su Rector la mejor alhaja de las que poseia el difunto; y que esta liberalidad passasse despues à obligacion, y costumbre. Si este fuè su origen despues que los derechos de funeral se pagan con entera exactitud, debiò cessar este tributo.

Otro origen mas verosimil podemos dár à esta costumbre, y es la antigua pobreza de los Parrocos de Galicia, que apenas percibian de sus Parroquias la congrua sustentacion para sus personas. Si esto sucedia aun en otras mas fertiles Provincias, quanto mas en muchos parages de Galicia, en que la tierra con dificultad se sujeta al cultivo, y es no pocas veces ingrata à su cultura; ò lo que es mas cierto, no havia manos que la cultivassen, porque la poblacion era menos. Con poca reflexion que se haga, se hallará, que en los parages en donde los Fueros, ò Emphyteusis, de que hemos hablado en el exemplo precedente, están con comodidad; adonde algunos años antes havia una sola casa, reconocemos hoy dos, tres, ò quatro, cada una con su padre de familias: y subiendo algunos años atrás, hallaremos diez, quince, y mas casas, que cultivan el terreno, que una sola tenia antes à

Otro origen
mas verosimil.

(1) D. Lara de Anniverfar. & Capellan. lib. I. c. 25. n. 38.

a su cuidado. Quanto mas se multiplican las personas, mas se aumentan las manos para el trabajo, y los diezmos al Parroco. Reconocemos tambien por la experiencia, que la pobreza de los Curatos, ò Parroquias, no pudiendo antiguamente contribuir cada una de conveniente alimento à su Rector, ha procurado la union de dos, tres, y mas Parroquias, que sin embargo de mantenerse con la antigua union, son hoy muchas de ellas, cada una de por sí suficientes à mantener su Cura.

negligencia

Que este tributo debió cesar, cessando su causa.

Quando, pues, los diezmos de estas Iglesias eran insuficientes para la congrua sustentacion del Parroco, fuè razonable la introduccion de costumbre, de que el Feligrès muerto, quando yá menos lo necesitaba, dièse à su menesteroso Cura alguna, ò algunas de sus mas preciosas alhajas, en cuyo sentido habla el señor Covarrubias (1); pero yá que comunmente cessò aquella causa, no parece razonable siga su triste efecto (2)

Irregularidad en este tributo.

Aun se vè en esto una cosa bien irregular, que parece contraria à lo que dexamos dicho, ò al origen que acabamos de señalar. Tan frecuente es que los Abades ricos cobren esta Lucrúosa, como la falta de posesion en aquellos, cuyos reditos no son así pingues, ò son verdaderamente tenues. Pero es facil advertir, que quanto mas rico es un Cura, mas

(1) D. Covarrub. lib. 1. | (2) Cap. Cum cessante cum
Variar. cap. 17. n. 3. | vulgari de Appellation.

mas impossibilitados se hallan sus Feligreses de sacudir un yugo, que ellos reputan por tyranico, y que no obstante los Curas se creen obligados à defender, reputando indecoroso dexar olvidar en su tiempo una costumbre en los passados tan sostenida. La menos opulencia de otros Curas facilita el olvido de la possession, y costumbre, sin la que no hay Abadia; porque la falta de los aprontos necessarios para seguir los pleytos, hace olvidarlos à sus Agentes.

Este mismo origen de la pobreza de los Curatos debemos señalar à los exorbitantes derechos de funerales, que en algunas partes de Galicia hay costumbre de exigir, y cuya imposicion debió cessar, haviendo cessado la pobreza que los motivò; pero de esto aqui no tratamos.

Es consiguiente à esta costumbre de la Abadia una indecencia contraria al asseo natural, y compostura. Es constante, que en la opinion en que viven los Feligreses de la tyrania de este derecho, no hacen escrupulo de ocultar en quanto pueden las alhajas que deben servir para su triste contribucion: à lo que es consiguiente no vestirse mugeres, ni hombres, ni alinarse con aquella decencia, con que podian hacerlo, segun sus mas, ó menos comodidades.

Como la mejor gala que se suela vestir un Labrador en toda su vida sea el dia de sus bodas, este vestido, ò la mejor pieza de el, or algunas veces decir, era la prenda de la

Indecencia
contraria al
aseo natural,
es consiguiente
à la Abadia.

Aba-

Abadia; (recuerdo sin duda muy espiritual, para que los nobios no olviden en el día de su mayor regocijo, el de su muerte.) Pero como entre estos dos dias suela promediar tiempo, en que se haya consumido aquel vestido, es mas regular reputarse para esta lucuosa el con que el difunto huviesse afsistido à la Parroquia el dia del Patron, ò Santo titular de ella, ò en las Festividades Pascuales. De aqui es, que en donde hay esta triste costumbre, suelan los Feligreses, principalmente ancianos, vestirse en estas solemnidades las ropas mas andrajosas, haciendo de este modo los dias mas festivos de la Iglesia, los mas lóbregos, y enlutados.

Esta indecencia fuè de tanto peso en un buen Cura, que me protestò, que en lo venidero no cobraria mas Abadia, que queria mas bien ver à sus Feligreses adornados con la decencia possible en la Parroquia, que el interès de un tan miserable tributo, principalmente quando su Curato, aunque no de los mas opulentos, no le precisaba à estas tristes mendiguesces. Pero infelizmente los deseos de este buen Cura no pudieron lograr el efecto que deseaba, porque tenia por participantes en la Abadia los que concurrían con èl à la percepcion de los diezmos, à quienes no fuè possible reducir à su dictamen; y así no pudo, ni liberrar à sus Feligreses de esta triste posesion, ni hacerles mas gracia de la que cabia en su contingente.

Aun la indecencia debe ser mas sobresaliente-

liente en las Parroquias, en donde se paga por Abadia la cama en que dormia el difunto, ò algun ropage de ella. Al deber de un Christiano, corresponde despues de la interior purificacion de su alma, la compostura exterior del aposento, y cama, en donde ha de recibir el Santissimo Viatico. Pero cómo podrán de buena gana los familiares del enfermo moribundo esmerarse en esto, quando preveen, que es exponer à la vista del Parroco los despojos, que han de servir para la satisfaccion de la lúgubre Luctuosa? Sin duda es prudente el rezelos de que ocultando las mejores ropas, pongan à sus ojos las mas viles, faltando à la decencia tan debida en tales circunstancias.

ESPOLIO.

EL Espolio que pusimos en la tercer classe de Luctuosa, y entendemos ser la que pagan los Clerigos difuntos à sus Superiores Ecclesiasticos, no embuelve menos irracionalidades, è incertidumbres, que las dos restantes especies, que dexamos señalado. Como sea la costumbre la que en todo regula este derecho, que varia mucho de Obispado en Obispado, no es posible determinar lo que en cada uno se observe.

Pagan, pues, Espolio los Clerigos inferiores, aunque sean Parrocos, à los Superiores, no solo à los Obispos, sino tambien à los Arcedianos, y otros Dignidades, y à veces à

Què personas paguen, y cobren Espolio.

solo Canonigos de las Iglesias Cathedrales, y aun estos mismos las solian pagar; y aun pagan en algunos parages à los Prelados (1).

Què se pague
por Espolio.

Los DD. que no teniendo luz legal, ò canonical en esta materia, se hallan reducidos à escribir solamente lo que vieron practicar en los Países de sus residencias, ò lo que en otros AA. han leído, señalan para este tributo la mejor alhaja, que haya quedado entre los bienes del Clerigo difunto (2).

Origen del
Espolio.

Y por lo que mira à su origen, sienten variamente: quieren algunos hallarlo en la succession de los Obispos, y otros Dignidades, y Personages Eclesiasticos, à los simples Clerigos, y Parrocos, y que en memoria de este derecho se haya conservado la presente Luçtuosa (3). No me paro si en algun tiempo, de que no hay ya noticia alguna, pudo introducirse tal costumbre de succession, y que abrogada ésta, solo quedasse en su memoria el Espolio de que tratamos. Pero es

(1) En el Archivo de la Santa Iglesia de Toledo, primera de las Españas, se conserva un Privilegio del Infante Don Sancho, hijo de San Fernando el III. entonces electo Administrador, y despues consagrado Arzobispo de dicha Santa Iglesia, en cuya virtud exime à los Dignidades, Canonigos, Racioneros, y Capellanes de su Iglesia del

tributo de la Luçtuosa. Es de data de veinte y tres de Julio, Era de mil ducientos noventa y seis, ò año de Jesu-Christo de mil ducientos cinquenta y ocho.

(2) Mostazo de *Causis piis*, lib. 8. cap. 14. n. 71. Garcia de *Expens.* cap. 9. à n. 1. Gu-tierr. lib. 2. *Canonic.* cap. 21. n. 160.

(3) Mostaz. d. n. 71. & 77.

cierto, que tal costumbre no recibe del Derecho Canonico, en quanto habla de la successión à los Clerigos, el mas leve fomento.

Aunque en este punto se vean en los DD. algunas perplexidades, no creo necesitamos mucho tiempo para exponer los Canones que en ello hablan, y lo que los DD. comunmente sienten; lo que harè con tanto mas contento, quanto me es muy util esta prenotacion, para rebatir las increibles monstruosidades, que semejante costumbre produjo.

Hemos de distinguir en los Clerigos tres diferencias de bienes: Unos adquiridos con respecto à la Iglesia, esto es, provenientes de Beneficio, ò agenciados con sus frutos, ò con el estipendio del oficio Clerical: Otros, que son de su patrimonio, heredados por sus mayores, ò donados sin respecto à la Iglesia, ò adquiridos por su industria. Los que los DD. llaman parsimoniales, esto es, que el Clerigo ahorrò cortando de su decente sustentacion, se reputan en la classe de los patrimoniales, aunque en su origen fuesen de otra qualidad.

Del modo de succeder à los Clerigos en sus herencias segun los Canones.

De los bienes de la primer classe no podia, ni puede, segun los Canones (1), Clerigo alguno Beneficiado, de qualquier gerarquia que sea, hacer testamento, ni otra disposicion, teniendo por precisa, y forzosa successora la Iglesia en donde poseia el Beneficio,

P

y

(1) Cap. *Quorundam* 1. | *aliis de Testament.*
 cap. *Cum in officiis* 7. cum

y por successor, ò mas bien Administrador, y Dispensador el nuevo Beneficiado (1); pero de tal modo, que si en la Iglesia del difunto havia un solo Beneficio, y successor, éste era el que solo sucedia: si en la Iglesia havia mas Beneficiados, cedia la herencia en util dispensacion de todos los compañeros (2); si bien que los Canones no reprueban la costumbre, en donde la huviesse, de testar el Beneficiado de algunos muebles en favor de pobres, ò lugares religiosos, ò de sus criados, yá parientes, yá estraños, segun el merito de su servicio (3).

En los bienes de la segunda classe, esto es, patrimoniales, industriales, y parsimoniales, no tiene el Clerigo, aunque sea Beneficiado, prohibicion alguna de disponer à su voluntad, y arbitrio, yá en su vida, yá à la hora de su muerte; y muriendo sin testamento, ni otra disposicion, succedian como en bienes profanos sus parientes, segun las Leyes Civiles (4). De modo, que para precaver se hiciesse fraude à una, y otra succession, encomendaban los Canones el cuidado, que estos bienes estuviessen separados (5).

Pero en caso que el Clerigo muerto abintestato no tuviesse parientes, ò no fuesen ca-

(1) Vide Mostazo d. lib. 8. cap. 14. n. 4.

(2) Cap. Relatum 12. de Test-ment.

(3) Ut in d. cap. Relatum.

(4) Cap. Quia nos 9. de Testament.

(5) Cap. Sint manifesta, cap. 12. q. 1.

capaces de succesion, entonces, aun en estos bienes patrimoniales, succedia la Iglesia en donde tenia el Beneficio, à imitacion de las Leyes Romanas, que llaman à la succesion, en defecto de parientes en decimo grado, al marido, y à la muger, y la Iglesia se reputa Esposa del Beneficiado (1).

Si el Clerigo no poseia Beneficio, como entonces no tenia propriamente esposa à quien se diriesse el derecho de succeder, à la manera que en defecto de parientes, marido, y muger, segun el Derecho Romano, succede à los legos el Fisco Real; difieren los AA. la succesion al Fisco Episcopal (2). Solo, pues, el Obispo, en sentir de los DD. podia succeder al Clerigo no Beneficiado, è intestado, en el raro caso de ser preferido al Fisco Real, quando éste, si el difunto fuesse lego, le huviera de succeder.

La costumbre derogò variamente à este derecho. Sandoval, Historiador Español (3), asegura, que los bienes de los Prelados, y otros Beneficiados, pertenecian antiguamente al Rey. Pero Mastazo (4) no se persuade, que esto fuesse así, y que quando mas seria un privilegio temporal; no haciendosele creible, que el Fisco se desnudasse tan facilmente de

La costumbre
immutò aquel
derecho.

P 2 una

(1) Reiffenst. in Jus Canon. ad tit. de Successione abintesta-
to, §. 4. n. 62.

(2) Reiffenstuel loc. citat.
n. 63.

(3) Sandoval en la Vida de
Don Alonso VII. Emperador de
España.

(4) Mostazo d. lib. 8. cap.
14. n. 3.

sucesion de
la Camara
Apostolica.

una cosecha tan pingue. Sea como se quiera, lo cierto es, que los Sumos Pontifices reservaron para la Camara Apostolica el derecho de succeder à todo Eclesiastico Beneficiado, no siendo el Beneficio tan ténue, que no llegasse à valer treinta ducados de oro de Camara; y no solo se reservaron la sucesion, ò espolio (que asì se llama todo lo que queda à la muerte del Beneficiado) sino tambien todos los frutos de dichos Beneficios, ò Prelaturas vacantes hasta su nueva provision (1).

Aunque en este assunto se expidieron varias Bulas por los Sumos Pontifices, no se halla hayan tenido observancia; porque amargamente llevaban los Españoles, como otras Naciones, el que los ricos despojos de los Eclesiasticos passassen à Italia. Aun sin embargo, se practicò en los Reynos de Castilla, y Leon, y todas sus Provincias, quedando libre el resto de España, Indias, &c. y en dichos Reynos de Castilla, y Leon, solo en quanto à los Obispados, no incluyendose otros Beneficios inferiores. Asì se observò hasta el ultimo Concordato entre las Cortes de Roma, y Madrid, en tiempo del Señor Rey Don Fernando el VI. (que goce de Dios) año de mil setecientos cinquenta y quatro, en que se diò la conveniente disposicion, que nadie ignora.

En

(1) Azor *Institut. Moral.* | Antunez de Donation. *Regiis,*
p. 2. lib. 8. cap. 1. cum seq. | lib. 1. pralud. 2. §. 7. num.
Mostazoubi *supra* à num. 5. | 89.

En quanto à otros Beneficiados, prevale-
ciò en España, como en otras partes, la cos-
tumbre de que sin distincion de bienes patri-
moniales, ò no patrimoniales, industriales, y
parafimoniales, se difiriesse indistintamente la
succesion à los parientes del difunto, del
mismo modo, y en el mismo orden, que
succeden en bienes profanos, los parientes
abintestato à sus parientes, y sin menos fa-
cultad en el Testador de disponer de estos
bienes, que de los profanos: costumbre, que
aunque algunos AA. condenan como iniqua
(1), defienden comunmente otros (2), y se
halla aprobada por Ley del Reyno (3), y en
ella vivimos.

Costumbre en
la succesion
à Beneficiados
inferiores.

De lo dicho facilmente se infiere, que el
origen de este Espolio, ò Luctuosa, que es el
assunto de nuestro exemplo, no debe refe-
rirse al derecho de succesion de los Obispos,
y Dignidades Ecclesiasticas à los Clerigos in-
feriores, que nunca tuvieron, respecto de los
Beneficiados, absolutamente; y en quanto à los
no Beneficiados, solo los Obispos, por inter-
pretacion, en el raro caso que dejamos di-
cho.

Por esto otros DD. refieren el origen de

Otro origen
del Espolio.

(1) Reiffenstuel *ad tit. De
cretal. de Succesion. abintesta-
to*, §. 4. n. 65.

*tom. I. conf. 98. n. 30. cum
aliis quos refert D. Gonza-
lez Tellez in d. cap. Relatum*

(2) D. Solorzan. *de Jure In-
diar. tom. 2. lib. 3. cap. 10.
n. 11. & 66. D. Valenz.*

12. de Testam. n. 2.

(3) *Lég. 13. tit. 8. lib. 5.
Recopil.*

no pudiese

en el

no pudiese

este derecho fúnebre, en quanto á los Obispos, á un consuelo del Prelado en la muerte del Beneficiado, para que en algun modo sirva de temperamento al dolor, y affliccion, que debe ocasionarle su muerte (1), á cuya imitacion otras Dignidades procurarian proveer de semejantes consuelos por los Clerigos, que mueren en sus distritos.

Verdadero
origen del Es-
polio.

No dudo, que la costumbre en esta parte pudo razonablemente establecerse, principalmente en quanto á los Obispos, cuya verdadera causa pudo ser la antigua insuficiencia de reditos para su conveniente sustentacion, y distribuciones, que se hallan precisados hacer entre pobres, viudas, huérfanos, y otros miserables.

No obstante, no es inaudito entre nuestros DD. el presumir en esta especie de tributo el mismo origen, que en la Luctuosa; esto es, opresion, violencia, y tyrania: y aunque por esto nada menos se contentan, que con la prescripcion immemorial probada sin omision de circunstancia alguna, del mismo modo que la Luctuosa, para que pueda sufragarles este derecho (2). Y sin duda, si advertimos á cuántas irracionalidades se estendió en algunos parages esta costumbre, dificultoso es señalarle otro origen; en que es fuerza advertir, que en materia de costumbres, cada uno habla de lo que ve practicar, sin que

(1) P. Molin. de *Justit.* & | (2) Garcia de *Expensis*, cap.
jur. tract. 2. disp. 147. n. 17. | 9. n. 3.

que se pueda inferir consecuencia de un Obispado à otro.

En el de Lugo, en que esto se escribe, el derecho de Espolio abraza, lo primero, la Luctuosa en su rigor, en el modo que la perciben los dueños de las jurisdicciones; esto es, el mejor animal quadrupedo, que haya dexado el Clerigo: y como suele ser la mula en que andaba à caballo, se suele reputar la mula, ù otra caballeria arreada, y del todo dispuesta à montar, la primer prenda de este derecho. Lo segundo, abraza la Abadía en toda su rigurosa exaccion; esto es, el mejor vestido del difunto, que entienden entero, y no menos enteramente la cama en que dormia. Lo tercero, la mesa cubierta, ò en disposicion de comer, con todos los cubiertos, y servicios à ella pertenecientes. Lo quarto, la decima parte, y media decima de los bienes del difunto, comprehensivamente los raices. Lo quinto, no contentos los Espolistas con esta fúnebre cosecha, aun piden de dichos bienes depauperados, con saca de decima, y media decima, una octava parte; y sacada esta, otra octava, que explican, à diferencia de la primera, con el diminutivo nombre de octavilla.

Y para colmo de irracionalidad, contra todo dictamen natural, y contra todo lo que dicen los DD. que escribieron de este Espolio (1), no se hace distincion alguna de bie-

Lo que comprehenda el Espolio en el Obispado de Lugo.

nes patrimoniales, ò no patrimoniales, parsimoniales, è industriales, fino que todos quantos el Clerigo posee, por qualquier titulo, causa, ò industria, y aunque jamás huviesse adquirido cosa alguna por respecto Clerical, todos vienen en esta contribucion (1).

El solo relato de una tal costumbre, basta à todo prudente para aborrecerla, y detestarla. Solo los que en ella se utilizan, piensan, que el perder esta, que llaman regalia, seria un notable detrimento à sus dignidades.

Concordias de
Espolios.

Como esta exaccion, principalmente en Curas ricos, puede subir à gruesas sumas, y por otra parte estuviesse, como aun lo està, llena de infinitas incertidumbres, los Obispos, Arcedianos, Dignidades, ò Canonigos, trataron de concordarse con los Curas de las Parroquias, à quienes llamamos Abades, en cuyos respectivos distritos tienen sus Beneficios. Esta concordia, que es yà transcendental à los successores, se reduxo à hacerse los Abades perpetuamente tributarios de sus Espolistas, por redimir aquel funesto tributo de la muerte. Y así de hecho se vè, que los Parrocos, pagando annualmente ciertas medidas de trigo, ò centeno, mas, ò menos, segun se pudieron ajustar, no se les cobra à

Concordia con
los Parrocos.

Y su

(1) En lo adquirido por ilícita negociacion, ò comercio Pontificias, las que jamás, en quanto á esto, se recibieron prohibido à los Eclesiasticos, en España. Mostazo de Castrabera el Espolio de la Camara Apostolica, segun Bulas

sis piis, lib. 8. cap. 14. numer. 10. (1)

su muerte cosa alguna por razon de Espolio.

Viven, pues, los Abades con el annual tributo, sin el fusto de aquel horrendo despojo; pero si, como mas de una vez sucede, casualmente la muerte les coge fuera del Obispado, no les liberta la concordia de pagar Luctuosa en la cantidad, y segun la costumbre que haya en el Obispado, en que les cogió la muerte; porque como dicen los Espolistas, impropriando la sentencia del Evangelio, en donde está el cuerpo, alli le comen los cuerbos (1): irracionalidad bien manifiesta.

A imitacion de los Parrocos, tambien procuraron concordarse del mismo modo otros Clerigos. El tributo de éstos, ni puede ser muy quantioso, ni dificil de ajustar, porque no es regular vivan estos Clerigos no Beneficiados con grandes comodidades; pues aunque en el Obispado haya un exorbitante numero de Capellanias, pocas hay que sean decentemente pingues: de muchas de ellas apenas subsiste mas que el nombre, y la descripcion de los bienes de su dotacion. Los que se ordenan à titulo de Patrimonio, raro hay que de él use, porque agradecidos los Donatarios à sus Donantes, sin embargo del derecho que tienen à disfrutar los bienes donados, se abstienen de ellos, viviendo de lo que reditua la corona.

Concordia con
otros Clerigos
no Parrocos.

La

(1) *Ubi cumq̃ue fuerit corpus* la. Matth. 24. v. 28. *Lucæ*
illis congregabuntur, & aqui. 17. v. 37.

La pensión , pues , annual , libertadora de las tragedias del Espolio , solia ser antes de ahora con Clerigos pobres tres , ò quatro reales , al presente , ò porque el precio de las cosas vá siempre en aumento , ò porque esta costumbre vá tomando todos los dias mas vigor , yá sube à seis , ò ocho reales , segun la equidad de los Espolistas ; y algunos no suelen exceder lo cota antigua. Si el Clerigo es de los industriosos , ò tiene buena Capellania , ò bienes patrimoniales , à este respecto se le carga esta gavela. Los que passando mucho tiempo en venir à concordia , yá declinan à ancianidad , como el annual tributo de estos , à no ser duplicado , ò triplicado , no puede proporcionarse à la cantidad del Espolio , es preciso ajustarse à este respecto. Si bien , que la edad , y habitud del Espolista tambien debe contribuir à la composicion , siendole mejor à éste assegurarse de una pensión annual , que la expectativa de un Espolio , que acaso no llegará en sus dias , y será cosecha de su successor.

Como la concordia de los simples Clerigos , ò no Beneficiados , no pueda ser transcendental à successor alguno , y sea preciso à cada Clerigo el componerse por sí , dá motivo à otra manifesta irracionalidad , que se demuestra en que muchos de los simples Clerigos están mas tributados , que algunos Abades ; porque estos están concordados en tiempo antiguo , en que la costumbre de este Espolio no tenia los enfanches , y facilidades , que
aho-

ahora , y afsi la pensión que pagan no es exorbitante en comparacion à las rentas de sus Curatos ; pero à los pobres mercenarios , y Capellanes se les carga con una pensión arbitraria , à placer de los Espolistas , que tal vez excede à la que pagan los ricos Curas Beneficiados.

Los que , ò hallan gravoso pagar estas pensiones anuales , ò confiados en su robustéz , no piensan en los fatales accidentes , que sobrevienen à la vida , ò esperan la assecucion de algun Beneficio , cuya concordia les exima del Espolio , si la muerte previene sus esperanzas , son los que mueren sujetos al rigor de esta terrible contribucion. A pocos dias de la muerte , los herederos del difunto hallan sobre si un inexorable executor , para liquidar si el muerto tenia mula , caballeria , u otro quadrupedo , què vestidos , cama , ò de què servicio de mesa usaba , como perteneciente todo esto al Espolio : y lo mismo para averiguar el valor de sus bienes , para llevarse el importe de la decima , media decima , octava , y octavilla.

Práctica en la cobranza de los Espolios no concordados.

Es lo regular , que un Sacerdote de estos viviese en compañía de un hermano , cuñado , ò sobrinos , y que entre ellos no huviese division alguna de bienes , como ni de fuego , mesa , ò manteles ; à lo menos es muy frequente , que el Clerigo muerto tuviese bienes patrimoniales ; esto es , legitima paterna , ò materna *pro indiviso* con la de sus hermanos , ò sobrinos , sin que jamás se haya practi-

ticado division. Todos saben las dificultades que hay, tiempo, y expensas que se necesitan en estas particiones, y sin embargo son del todo necesarias para liquidacion del importe del Espolio. Estas dificultades no detienen al executor, que prosigue en sus diligencias, y apremios, devengando salarios à cuenta de los herederos.

Corren estos los Estudios de varios Abogados, quienes con mucha entereza responden por la materialidad, y seguro de esta costumbre. Si alguno mas advertido reflexiona sobre la irracionalidad de este impuesto, no por esto puede dár mas consuelo à su consultante; porque además de la incertidumbre de todos litigios, ser ésta como causa comun de todo un poderoso Cabildo, que siguiera con todo esfuerzo. Son de este mismo cuerpo los Jueces Subdelegados de la Santa Cruzada, à cuyo Tribunal no es inusitado recurrir para esta, como para otras exacciones difíciles, y cuyos recursos contra los agravios, están no menos distantes, que en la Comisaría General, que reside en Madrid, sin que ninguna Justicia del Reyno tenga el mas leve arbitrio en impedir su curso. Y quando en la Audiencia Eclesiastica se ventile esta controversia, no debe ser menos formidable à los herederos el poder de la Comunidad contra quien deben litigar. Los gastos, y grandes dificultades de los recursos necesarios, ponen en mucha perplexidad al Abogado, y en mucho conflicto à los herederos del muerto.

Què

Què harán , pues , estos sino tratar de composicion con los Espolistas , sujetandose à su arbitrio , procurando moverles à compasion , segun naturalmente fuesen movibles ? Así vemos diariamente terminarse estas diferencias.

Tratando yo de la dureza de esta exaccion con algunos intereseados , me dicen , que este derecho nunca se lleva al extremo rigor , y que siempre termina por concordia . No dudo que así regularmente suceda ; pero esta es una concordia sin libertad , hecha en atencion à una costumbre , que se supone cimentada en fundamentos de Derecho , de que no se descubre alguno ; antes bien los Canones severamente encargan el que los Clerigos inferiores no sean gravados con exacciones , servicios , y otros impuestos por los Superiores (1).

Controversias de Espolios siempre terminan por transaccion.

Què hará , pues , un pobre heredero , constituido en las circunstancias que hemos expues-

(1) *Quia cognovimus Episcopos per Parochias suas , non sacerdotaliter , sed crudeliter deservire , & dum scriptum sit : Forma estote gregi , nec ut dominantes in Clero exactiones Diocesi sua , vel damna infligant : ideo censemus (excepto , quod veterum constitutiones , à Parochiis habere juvent Episcopos) ut alia , quæ illis huc usque præsumpta sunt , denegen-*

tur : hoc est , nec in angariis Presbyteri , aut Diaconi , nec in aliquibus fatigentur indictionibus : ne videamur in Ecclesia Dei , exactores potius , quam Dei Pontifices nominari . . . Ut ex Concilio Toletano III. referatur in cap. Quia cognovimus 6. cap. 10. q. 3. Consonat text. in cap. Nullus Episcopus 124. cap. 1. q. 1.

puesto? Lo mismo que un Gobernador de una Plaza, rodeado de insuperables enemigos, sin viveres, municiones, ni gente para su defensa. Con la misma libertad con que éste capitula con sus enemigos, rindiendo la Plaza, con la misma se concuerda el heredero con el Espolista.

Referente
con un caso
práctico algu-
nas corrupte-
las en este as-
unto.

Finalmente, para que se pueda entender con cuánta corruptela en esto se proceda, referiré un caso, que oí à un Sacerdote anciano, persona de toda integridad, y que él mismo manejó. Haviendose muerto un pobre Clerigo de los no concordados, cuyos bienes no llegaban à pagar la tercer parte de sus deudas, no obstante, la Dignidad, de cuyo disfruto era el difunto, pidió el Espolio: y aunque se le respondió, que todos sus bienes distribuidos entre sus acreedores, aun quedaban éstos descubiertos en mucha parte de sus créditos, no fué esta respuesta de su satisfaccion, ni se contentó con otra menos efectiva, que con el apronto de cierta partida de dinero, que fué preciso contarle, por no exponerse à pleyto con sugeto de aquel caracter: à la verdad (segun el mismo Sacerdote me refirió) sin vicio de interressado, pero muy zeloso de las regalías de su Dignidad. La razon en que se fundaba era sumamente ridicula; pero tan fuerte en su sentido, que venció à todas las que expusieron los acreedores, y Testamentarios del difunto. Decían estos no poder cargarse Luctuosa, Abadía, ò Espolio, sino de la herencia liquida del

del difunto (1), porque herencia solo se decia lo que resta pagadas las deudas (2).

Nada de esto hacia fuerza à la Dignidad. Como para evitar el funesto golpe de este Espolio, los mas de los Clerigos, y generalmente todos los Parrocos, vivan, como hemos dicho, tributarios, decia este Personage, ratiocinando à su modo, y confundiendo los dos casos de concordados, y no concordados, que éste era un tributo annual, y deuda que el difunto contrahia todos los años; y segun estos se passaban, assi se iba cargando con esta deuda, la qual de otro modo tenia todos los privilegios de causa piadosa, por lo que no podia menos de ser contemplada con anterioridad à toda otra razon, como dixe, verdaderamente ridicula, pero suficiente para no motivar en la conciencia de quien la expuso escrupulo alguno para dexar de satisfacerse de este Espolio, y hacer entender à los acreedores la gracia que hacia en el no cobro por entero, dexando para lo futuro un tan buen exemplar, que son los fundamentos que sostienen costumbres tan irracionales.

De este modo el tiempo dà vigor à una costumbre, que cada dia se vá haciendo mas irracional, è intolerable. Y si el docto Juan Garcia, Autor Gallego, que conociò en sus dias

la costumbre de este Espolio no puede menos, que deber reputarse por tyranica.

(1) Mostazo dict. cap. 14. Bona, ff. de Verborum significat. cum vulgar.
n. 30.

(2) Leg. Subsignatum, §.

dias algunas costumbres de este Espolio, pero reducido à una sola alhaja de bienes del muerto, lo dá por tyranico, y violentamente impuesto por las Dignidades Eclesiasticas, à quienes se contribuye, no pidiendo menos que rigurosa prescripcion immemorial para sostenerle (1); cuánto mas la experiencia de nuestros dias nos testifica la exorbitancia à que estendiò esta costumbre su irracionalidad en todas sus partes, y la imposibilidad de resistirla? Todo esto pide una poderosa mano, que cortando las raíces perversas que se echò, sin embargo de qualquier antigüedad con que pretenda sostenerse, mundifique à la República de tan monstruosas irracionalidades.

Si de Países nuevamente hallados, ò mas bien reconocidos en la America, ò en los senos de la Tartaria, nos viniesse relacion de semejantes costumbres, sin duda admirariamos la barbarie de los Pueblos en donde estuviessen establecidas. Sin embargo, tan poderosa, y eficaz es la costumbre, que por mas llena de horrores que parezca à los que jamás la experimentaron, la suaviza tanto la práctica, y experiencia diaria, que la desnuda de todo lo que parezca hacerla odiosa, è intratable.

Se me parece esto à aquellos aposentos cerrados, puestos al abrigo de toda ventilacion, los que no pudiendo menos que inficionarse

fe

(1) *Garcia de Expens. cap. 9. n. 3.*

se con los halitos, y transpiracion, tanto de sus habitantes, como de otros cuerpos, que en él se introducen, y que no teniendo salida, mas, y mas se corrompen, causando un ayre fetido, y pestilente; no obstante, nada de esto incomoda à los que en ellos acostumbra habitar; pero viniendo alguno de fuera de respirar à un ayre limpio, luego se siente de aquel pestilencial hedor, que solo la costumbre puede hacer soportable à los que en él están habituados.

En el interin, los Clerigos que vivimos en la Capital del Obispado, debemos tributar gracias à Dios, y à nuestros mayores, que unidos contra tal violencia, y tyrania, la desecharon fuera de la Ciudad, cuyos gruesos muros jamás despues pudo penetrar, dexandonos esentos de tan pesada carga; pero debemos tener cuidado de no alejar nuestra muerte de sus arrabales, principalmente en modo que se diga con alguna apariencia, hemos mudado de domicilio, ò solo Parroquia, porque entonces recibirémos el trato de forasteros, à lo menos expondrémos à nuestros herederos à muchas perplexidades, segun las de un caso en que pocos dias há fui consultado, cuyo molesto relato debo evitar.

EXEMPLO QUARTO.

SIN salir de derechos fúnebres, propondré el quarto exemplo de las irracionalidades, que entran en la costumbre. Este será en

Q

Distribucion de la quinta parte de los bienes del que muere sin testamento.

el quinto, ò quinta parte de los bienes del que murió intestado, cuya quinta parte aplica la costumbre, además de al entierro, y funerales correspondientes, segun el estado de su persona, à otros sufragios por su anima.

Conozco ingenuamente, que esta costumbre dista mucho de las propuestas en el exemplo precedente, y que no hay en esta los motivos odiosos, que se reconocen en la Lucratosa, de qualquier especie que sea. Aqui el quinto cede en sufragio del anima del difunto, y se trata de poner en execucion un pensamiento, que verosimilmente se presume tuvo todo Christiano, que como tal vivió, de emplear en Sacrificios, y otros sufragios por su anima alguna parte de los bienes de fortuna con que al tiempo de su muerte se hallaba, y de que haviendole prevenido la muerte, no tuvo lugar à disponer.

No obstante, como en este asunto no hay Ley alguna dispositiva, y todo lo gobierna la costumbre, siendo ésta tan irregular en sus modos, no pudo menos que mezclarse en su progreso varias irracionalidades perniciosas à la República, con que el fin principal, que induxo la tal costumbre, queda á veces subvertido.

Disposicion legal en quanto a funerales.

Dirèmos sucintamente lo que proveyò el Derecho en semejantes casos, y lo que la costumbre introduxo, de la que tambien inferiremos algunas de las consecuencias, que juzgamos perniciosas.

En quanto al Derecho Romano, á que pa-
re-

rece conforme nuestro Derecho Real de las Partidas, si el difunto dexò herederos abintestato, al cuidado de estos dexa el disponer en orden à sus funerales, segun la qualidad de la persona, sin que el Juez tenga intervencion alguna, mas que en compeler à los herederos, en caso que estos falten à su obligacion (1).

Si el difunto no dexò parientes, ò herederos, entonces incumbe al Juez el dár cumplimiento à un acto tan religioso, como es la sepultura, y funerales, que se acostumbra hacer (2). En el Derecho Canonico no se halla huviesse cosa alguna determinada en un punto suficientemente provisto por Leyes Civiles.

Nuestras Leyes Reales mas modernas, dando cierto orden en el modo con que los Comissarios, y Executores Testamentarios deban proceder, cortando ocasiones de fraudes, y haciendo mas lugar à poner en execucion los testamentos, y ultimas voluntades, dispusieron dos cosas, que tocan en el presente asunto.

Y supuesto que segun disposicion legal (3) nada puede hacer el Comissario, que lo que especialmente contiene el Poder, y señaló,

Disposicion legal en quanto à funerales quando hay Executores, o Comissarios.

Q₂

y.

(1) Leg. Et si quis 14. §. Sumptus, ff. de Religiosis, & sumpt. funerum. Leg. 7. tit. 10. part. 6.

12. §. fin. cum leg. seq. ff. de Religios. & sumpt. funer. leg. 12. tit. 13. part. 1.

(3) Leg. 31. Taur. sive 5. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Leg. Si quis sepulchrum

y mandò el Testador , previene otra Ley (1),
 que quando el Testador no dexò nombrado
 heredero , ni poder especial , y suficiente à su
 Comissario para practicar otras cosas , sino
 solo facultad en general para hacer testamen-
 to , „ que en tal caso el Comissario solo pue-
 „ da descargarse los cargos de conciencia del
 „ Testador , que le diò el poder , pagando sus
 „ deudas , y cargos de servicio , y otras deu-
 „ das semejantes , y mandar distribuir por el
 „ anima del Testador la quinta parte de sus
 „ bienes , que pagadas las deudas montàre , y
 „ el remanente se parta entre todos los pa-
 „ rientes , que vinieren à heredar aquellos
 „ bienes abintestato. . .

Passa el Legislador à otro caso , y dice (2):
 „ Que quando el Comissario no hizo testa-
 „ mento , ni dispuso de los bienes del Tes-
 „ tador , porque passò el tiempo , ò porque
 „ no quiso , ò porque se murió sin hacerlo ,
 „ los tales bienes vengàn derechamente à los
 „ parientes del que le diò el poder , que huvie-
 „ sen de heredar sus bienes abintestato. Los
 „ quales en caso que no sean hijos , ni des-
 „ cendientes , ni ascendientes legitimos , sean
 „ obligados à disponer de la quinta parte de
 „ los tales bienes por su anima del Testador.
 „ Lo qual , si dentro del año , contado dende
 „ la muerte del Testador , no la cumplieren ,
 „ mandamos (dice) , que nuestras Justicias
 „ los

(1) Leg. 32. Taur. five 6. tit. 4. lib. 5. Recop.

(2) Leg. 36. five 10. tit. 4. lib. 5. Recop.

„ los compelan à ello , ante las quales puedan
 „ demandar , y sea parte para ello qualquier
 „ del Pueblo.

De aquel que murió del todo intestado, esto es , que ni hizo , ni dió comission para hacer testamento , nada la Ley habla , dexando este caso en las antiguas disposiciones , que señalan , como executores de los funerales , à los herederos abintestato ; ò no haviendolos , al Juez , segun arriba diximos. Y en verdad , con razon mas especial debió proveer la Ley à los casos en que el difunto dexasse Comissarios para declarar las facultades de estos , y dár el conveniente arbitrio , quando dexaron de cumplir con sus encargos.

Por esto los AA. comunmente desconocen la distribucion del quinto en los abintestatos absolutos (1), y adheridos à dichas Leyes , solo la conocen en los casos , y circunstancias que ellas expressan. El primero , respecto del Comissario encomendado por el Testador generalmente para hacer testamento , à quien la Ley dá facultad para que pueda distribuir por su anima la quinta parte de sus bienes , dexando el resto libre à los herederos abintestato (2). El segundo caso , respecto de dichos herederos , à quienes la Ley , quando el Comissario se murió sin poder dar cum-

Casos en que segun las Leyes tenga lugar la distribucion de el quinto , en opinion comun de los DD.

Q3

pli-

(1) Ant. Gomez in leg. 36. | lib. 3. tit. 13. §. 3. Prop. & Taur. n. 2. Aceved. in leg. 6. | gloss. 3.
 tit. 4. lib. 5. Recopil. n. 31. | (2) Dist. leg. 32. Taur. sive 6.
 in fin. D. Galind. in Phœnic. | tit. 4. lib. 5. Recop.

plimiento à dicha distribucion, ò fuè omisso en hacerla, la encomienda (1). Y en ambos casos en que la Ley difiere la succesion à los herederos abintestato, solo reconocen la obligacion de dicha distribucion en los que vienen por linea transversal; esto es, à los hermanos, sobrinos, tios, y otros mas remotos parientes del difunto; pero no los que vienen por linea recta; esto es, sus hijos, y descendientes, ò sus padres, y ascendientes legítimos, à quienes exime de esta distribucion, segun una Ley de Toro lo expresse (2), de la que otra precedente recibe su declaracion (3).

Aun en el caso que la Ley previene à los herederos transversales la obligacion de distribuir el quinto de los bienes del difunto por su anima, les señala un año para este cumplimiento, no queriendo que algun otro se mezcle en ello hasta pasado dicho término, en el que, si fueren omisos, dá facultad à las Justicias Reales para compelerles, y à qualquier del Pueblo para denunciarles (4).

Esto es lo que con toda prudencia dictaron nuestras Leyes: veamos ahora lo que induxo, y aun pretende inducir la costumbre.

Costumbre en
funerales ab-
intestato, y
distribucion
del quinto.

En quanto al caso de haver dexado el Testador Comissario, debiendo literalmente observarse la disposicion de dichas Leyes, no pa-

(1) *Dict. leg. Taur.* 36. *five* 10.
cod. lib. 5. tit. Recop.

(2) *Leg. Taur.* 36.

(3) *Leg. Taur.* 32.

(4) *Leg. 10. tit. 4. lib. 5.*
Recop.

parece haya innovado cosa alguna la costumbre. Solo que el compelo, que la Ley manda hacer, pasado un año, contra el heredero por las Justicias Seculares, igualmente se hace à prevencion por los Jueces Eclesiasticos. En que no hay (segun yo pienso) cosa alguna irrazonable ; pues aunque es esta una provision especial de la Ley en cierto caso, para cuya execucion diputò expressamente las Justicias Seculares ; no obstante , como los Obispos sean executores por Derecho de las deposiciones pias , en caso de morosidad de aquellos à quienes estaban encargadas (1), no parece desdiga à la razon la extension de la facultad que concede el Derecho , y por consiguiente , que Jueces Reales , y Eclesiasticos sean à prevencion igualmente competentes contra semejante morosidad (2).

Caso de comision testamentaria.

Quando el difunto murió absolutamente intestado, diximos era caso de las Leyes anteriores, que dexaron en su vigor las de Toro, y que al cuidado de los herederos abintestato, haviendolos, y en su defecto del Juez, pertenecia funerar al difunto segun su qualidad, sin que à estos casos viniesse la distribucion del quinto ; y así de hecho lo sienten comunmente los DD. como dexamos notado.

Caso de intestado absoluto.

Pero aqui la costumbre desplegó con mucho ayre sus vanderas ; y no teniendo quenta alguna con los herederos legitimos abintest-

Q 4 ta-

(1) *Cap. Tua nos de Testament.*

(2) *Tello Fernandez in leg. 36. Taur. in fin.*

tato, señala indistintamente el quinto de los bienes del difunto, como parte que debe distribuirse en los funerales, Missas, y otros sufragios por su anima.

Extensiones
de dicha cos-
tumbre.

Como no puede dudarse el que esta costumbre esté sostenida con notables fundamentos de piedad, así ha tenido exitos muy favorables en los Tribunales; pero estos mismos favores la han hecho degenerar en extensiones, que no son de la aprobacion de todos.

Extension pri-
mera.

Y lo primero pretende privar à todo heredero abintestato del exercicio connatural de dár cumplimiento à las religiosas Exequias del difunto, y atribuye privativamente este empleo al Juez Eclesiastico, aunque sea solo Vicario Foraneo, ò simplemente al Parroco del muerto, para que sin intervencion del heredero, ò herederos, pueda hacer todo aquello que le parezca conveniente en sufragio de su anima; de modo, que ni los hijos puedan explicar este oficio de piedad con sus padres muertos abintestato, ni à los padres se les permita esta ultima explicacion de su amor para con sus hijos, si preposterado el orden de la mortalidad, estos mueren primero (1).

Lo

(1) *Verum in praxi (ait Mos-
tazo de Causis piis, lib. 6. cap.
6. num. 57.) in aliquibus par-
tibus, & ditionibus illud est re-
ceptum, ut in utroque casu, quo-
ries defunctus moritur abintesta-
to, aut cum testamento nullo, sive*

*appareant heredes abintestato,
sive non Judex se intromitat, vel
Parochus, vel Vicarius, etiam Fo-
raneus, & disponat ad funeris
expensas, Missas, & alia le-
gata pro anima defuncti usque
ad mediocrem quantitatem, ita*

ut

Lo segundo, como no hace distincion en quanto à la intervencion de los herederos en las Exequias fúnebres, tampoco la hace en quanto à la entera distribucion del quinto, que igualmente unos, y otros deben sufrir, vengan por linea recta, ò vengan por la transverfal.

Extension segunda.

Lo tercero, no solo se ha tomado la costumbre estos ensanches, sino que aun pretende excluir à toda Justicia Secular de esta distribucion, inhibiendo los Jueces Eclesiasticos à los Seculares con rigurosas censuras, para que en ningun modo se mezclen en esto (1).

Extension tercera.

Y finalmente, no contenta nuestra costumbre con los abintestatos verdaderos, aun pretende estenderse à los bienes de los que murieron con testamento, en caso que el Testador solo huviesse nombrado heredero, sin determinar los funerales, y oficios que se huviessem de hacer por su anima, como si en el nombramiento de heredero no estuviessem inclusas todas las facultades en orden à la execucion funeral (2).

Extension quarta.

Aunque substancialmente en quanto à la distribucion del quinto de los que mueren abintestato sea esta costumbre verdaderamente piadosa, no creo sean sus extensiones de la

Examen de dicha costumbre, y sus extensiones.

ut anima, & heredibus consularur : quod etiam in nostra Castella observatur, ut Juxta de quinto disponat...

(1) Mostazo d. lib. 6. cap. 6. n. 62.

(2) Mostazo dict. cap. 6. num. 75.

la misma qualidad , y sin duda las consecuencias que de aqui provienen la hacen odiosa.

Dicha costumbre , no tanto es indiferente , como contraria à la Ley.

Y lo primero , tal costumbre , aunque sus apasionados la reputen indiferente à la Ley , mas apariencia tiene de ser contra la Ley , puesto que ésta difiere el cumplimiento fúneral del difunto intestado à sus herederos , como queda dicho , sin precisarles à distribuir el quinto , sino à lo que fuere justo , y decente , segun las circunstancias , haberes del difunto , y uso del País.

Examen sobre la indistincion de herederos.

Lo segundo , semejante costumbre no puede eximirse de ser contra la Ley en quanto à no hacer distincion entre herederos , si solo son transversales , ò son descendientes , ò ascendientes del difunto , puesto que esta distincion , no solo la dicta la razon natural , sino que la Ley , en el caso preciso de commissaria , de que habla , la hace ; y haciendola en este caso , mucho mejor se debe subentender en otro de menos dificultad. Y sin duda debe conocerse diferencia entre aquellos herederos à quienes el Derecho no reputa por precisos acreedores à los bienes del difunto , y solo los llama por su presunta voluntad , en el caso que muera sin testamento ; y entre aquellos que forzosamente la Ley nombra herederos aun contra la voluntad del difunto , y cuyos bienes les señala enteramente por legitima , muertos abintestato (1).

Lo

(1) Roxas de *Successione*, Privileg. pauper. part. 1. q. 56. cap. 3. num. 4. Velasco de num. 7.

Lo tercero , no puede libertarse de ser contra la Ley dicha costumbre , en quanto excluye à todo heredero de la intervencion en esta distribucion , puesto que la Ley les señala por cumplidores del debito funeral. Y aun en el caso de comissaria , que mereciò especial atencion del Legislador , no cumpliendo el Comissario con el encargo del Testador , no nombra otros cumplidores , sino à solos los herederos abintestato , à quienes aun concede un año en que puedan disculpar su tardanza.

Sobre la exclusiva de todo heredero en dicha distribucion.

Y si , como aun los apasionados de esta costumbre , conocen (1) , muerto el Testador con testamento , en que solo nombrò heredero , sin otra disposicion por su anima , (en cuyo caso tambien quieren , como yá diximos , se haya de distribuir todo el quinto) , pertenece esta distribucion al heredero : por que no será lo mismo quando el difunto muere abintestato ? Sin duda el que muere sin testamento , ò lo hace de proprio proposito , por no querer conocidamente hacerlo , como sucede muchas veces : y en este caso no puede declarar mejor su voluntad de que sus parientes mas propinquos vengán à heredar sus bienes , de quienes igualmente confió el cumplimiento del debito funeral , puesto que pudo , y no quiso nombrar cumplidor.

O no pudo el difunto hacer testamento , porque la muerte no le diò lugar à ello ; y
en

(1) Mostazo d. cap. 6. n. 77.

en este caso, como en el antecedente, suple la Ley lo que omitió el difunto, interpretando su voluntad, como haciendo por él su testamento, y llamando por herederos, y cumplidores à aquellos que rectamente presume fueron de su mayor afeccion; esto es, sus parientes, segun la mayor predileccion de lineas, y sus grados, encargandoles los funerales, y mas deberes al difunto, y mandando se les compela en caso que sean omisos.

Responde
al argumento
fundado en la
desconfianza
en los herede-
ros.

Pero se dice, que de los herederos abintestato, como interesados en el mayor lucro de la herencia, no debe confiarse este encargo (1). Lo mismo es esto, que meterse la costumbre à corregir la Ley; pero respondamos. Si no debe tenerse confianza en algun caso de la caridad, y amor de hijos à padres, padres à hijos, hermanos à hermanos, parientes à parientes, sería desterrar toda confianza en la República: pues si no la hay entre personas unidas con los mas fuertes lazos de natural afeccion, quién deberá confiarse de aquellos entre quienes no subsisten semejantes motivos? Y cómo podrá de otro modo mantenerse en tranquilidad la República, cuyos negocios pasan en gran parte en buena fé, y confianza?

Llamaremos à los Eclesiasticos en confirmacion de esta verdad. No hay duda que las rentas Eclesiasticas son inmediatamente dedicadas à Dios, y à su Iglesia, en alimento

de

(1) Mostazo d. cap. 6. n. 57.

de sus Ministros , y auxilio de los pobres , viudas , huerfanos , y otras públicas , y particulares necesidades ; de modo , que el Eclesiastico solo de estos bienes puede pretender su decente sustentacion , y no otra cosa : porque el resto debe invertirse en beneficio de aquellos , à quienes los Canones llaman para su uso (1). Por què , pues , se toleran Beneficios de tan pingues reditos , que entran en poder de personas particulares , à quienes , segun la decencia de su estado , sobraria para su debida sustentacion una ligera parte respective à lo que poseen ? Nada mas que por la buena fé , y confianza que debe tenerse de personas dedicadas à Dios , de que como buenos Administradores de los bienes de su Iglesia , distribuirán en dichas necesidades lo que sobra à su decencia. No obstante hay vehementes sospechas de que no todos cumplen con un

(1) Ut B. Augustinus relat-
us in cap. fin. c. 12. q. 1. Si
privatum, inquit, possidemus, non
illa nostra sunt, sed pauperum,
quorum procuracionem quodam-
modo gerimus. Et B. Hiero-
nymus relat- in cap. Gloria
Episcopi, cap. 12. q. 2. Gloria,
inquit, Episcopi est pauperum
inopia providere ignominia Sa-
cerdotis propriis studere divitiis.
Natus in paupere domo, & in
tugurio rusticano qui vix milio,
& civario pane, rugientem sa-

turare ventrem poteram, nunc
similam, & mella fastidio. Et
infra §. 2. Amico quidpiam ra-
pere furtum est: Ecclesiam de-
fraudare sacrilegium est: acce-
pisse quod pauperibus erogan-
dum sit, & essurientibus pluri-
mis, vel cautum esse velle, vel
rimidum, aut, quod apertif-
simi sceleris est, aliquid inde
substrahere, omnium pradonum
crudelitatem superat. Omisso
plura.

un tan preciso debito, ò no con la exactitud que corresponde: y no creo llevarian con gusto los Beneficiados el que para la mas cierta affecucion de dichos fines se les nombrasen Economos, y que la mala conducta de unos, hiciesse lugar à privar à todos de la administracion de sus rentas.

Digamos, pues, lo mismo de la confianza que la misma naturaleza dicta principalmente entre padres, è hijos. Aun sin embargo tienen estos en este mundo contra sus omisiones vigilante la Justicia, quando el examen de los otros està reservado al juicio del Altisimo.

Sobre la entera distribucion del quinto.

Lo quarto, en quanto à la distribucion de todo el quinto, no puede menos de mezclarse muchas irracionalidades, y contradicciones à las Leyes. Jamás la Ley precisa, aun en caso de comissaria, en que habla, à la distribucion de todo el quinto; y solo en un caso dá facultad al Comissario para que pueda estender la distribucion á su total, que es quando el Testador, de quien no quedan hijos, ni descendientes, ò ascendientes legitimos, le diò absoluta facultad para hacer testamento. Si, pues, la Ley, aun en caso de comissaria, se portò con esta circunspeccion, la costumbre, que por regla general pone el quinto entero en distribucion, no puede eximirse de militar contra la Ley.

Hay circunstancias en que la entera distribucion del quinto en el caso de la Ley por el anima del difunto, deba reputarse convenien-

niente ; pero tambien las hay en que deba en mucho minorarse. En esto claro es deber atenderse , además de la cantidad , ò importe del quinto , á las circunstancias del difunto , y sus herederos. Respecto de aquel , pudo morir en una edad en que no haya presuncion de haver manchado su anima con los delitos en que caen otros : pudo vivir en una vida muy ajustada , sin complicacion en negocios de que rara vez se sale essento de culpa. Respecto de aquellos , pueden estar en una opresion , necesidad , y pobreza , cuyo consuelo , no menos sea sufragio por el anima del difunto , que la aplicacion de dicho quinto á otros fines (1). Esto tambien lo conocen los que patrocinan la costumbre de que tratamos ; pero como ponen por regla general la distribucion integra , no se hace lugar en la práctica á las limitaciones , sin que se experimenten dificultades.

Es verdad puede decirse , que las Leyes Civiles jamás pueden ser estorvo á esta costumbre ; porque materias piadosas , como es la presente , no es assunto en que puedan prevalecer las Leyes Reales (2). Si esto es así , no hay que alegar Ley Real alguna en todo assunto , que tenga apariencia de piadoso.

Sobre la independencia , y essencion de dicha costumbre de las Leyes Civiles.

En verdad es dificultoso entender cómo haya

(1) D. Galindo *Phænic. Jurispr. Hispan. lib. 3. tit. 13. §. 2. Prop. & gloss. 3.*

(2) Conducit Card. de Luc. *de Testam. disc. 24. n. 6. Vide quæ diximus supra hoc lib.*

ya potestad en los Legos para establecer costumbres en asuntos pios, comunicandoles vigor de Ley, y se deniegue al Principe el ejercicio de la potestad legislativa, que en él reside; pero tampoco es esta materia en que deba detenerme: basta saber, que si la potestad civil nada tiene que ver en tales materias, tiene à lo menos mucha eficacia la razon en que funda sus Leyes, à que debió arreglarse la costumbre para ser razonable.

Sobre la exclusiva de la Justicia Real en la distribucion del quinto.

Entre las mayores irracionalidades de esta costumbre, es pretender los Jueces Eclesiasticos una jurisdiccion absoluta, y exclusiva de la Justicia Real, en la distribucion del quinto. Esto manifestamente repugna, no solo al Derecho Civil, sino tambien à las disposiciones Canonicas, con cuyo arreglo, procediendo los DD. comunmente concuerdan, que los Seculares son preventivamente Jueces en todo lo que concierne à la execucion de disposiciones piadosas (1). Y asì se practica en la distribucion del quinto del que muere intestado (supuesta la costumbre) y las Reales Audiencias lo suelen asì declarar en los Recursos de fuerza.

Doctrina de Mostazo en este punto, y su examen.

Solo Mostazo (2) sin aquiescencia à las determinaciones del Supremo Consejo, de que ha-

(1) DD. in cap. Tua 17. de Testament. Autentic. Hoc amplius, Cod. de Fideicom. Novel. 131. cap. Si quis, 10. leg. Nulli, Cod. de Episcop. & Cle-

ric. ubi Barbof. D. Castillo de Aliment. lib. 8. cap. 6. num. 9.

(2) Mostazo dict. cap. 6. num. 62.

hace memoria, pretende inducir escrupulo en la conciencia de los Jueces Reales, que intenten conocer sobre esta distribucion. Por cierto muy trastornadas del comun sentido deben estar las conciencias, que se inclinen à sus razones.

Paremonos aqui un instante, y reconocamos los fundamentos de este escrupulo, y juntamente si es justa la censura que de éste, por otra parte muy docto Escritor, hizo el señor Galindo (1) de haver tratado este punto, mas como Parroco, que como Interprete.

Su principal fundamento es citar algunos textos, en que se prohíbe al lego el mezclarse en cosas meramente espirituales (2); y no puede, dice, dudarse el que en la distribucion que se hace en los abintestatos, lo que principalmente se dispone es meramente espiritual, como el entierro, sepultura sagrada, asociacion de Clerigos, Oficio de Difuntos, muchas Missas, que se deben celebrar, yá de *Requiem*, yá del dia ocurrente, cuyas oraciones, ó Colectas son puramente espirituales, en que por consiguiente no puede entrometerse el Juez Secular (3).

Principal fundamento de Mostazo con-
futado.

R

Si

(1) D. Galindo in Phœnic. lib. 3. tit. 13. §. 2. Prop. & gloss. 3.	sacra, associatio Clericorum, Defunctorum Officia, Missæ quam plurimæ, quæ aut dicen- da sunt de Requiem, aut diei, in quibus orationibus, aut col- lectis, ut purè spiritualibus, ne- quit se intromittere Judex Sæ- cularis... Mostazo loc. cit. num. 62.
(2) Cap. Decernimus 2. de Judiciis.	
(3) Ducor: nam in his dispo- sitionibus intestatorum, quod magis disponitur est purè spiri- tuale, nempe funus, sepultura	

Si esta consecuencia es legitima, yá de aquí adelante no podrán los Testadores legos disponer cosa alguna tocante á funerales, y en sufragio de sus animas, ni señalar el numero de Sacerdotes, que se hayan de convocar á su entierro, ni las Comunidades Religiosas, que á él asistan, associando el cadaver, ni el numero de Missas, que se deben celebrar, ni aun elegir sepultura sagrada; pues todo esto, como puramente espiritual, excede á su potestad, y solo cabe en las facultades del Parroco; y no solo no podrá el Testador hacerlo por sí, pero ni aun nombrar Comissario lego para esta disposicion. Quién creerá esto? Y si el Testador, y el Comissario pueden dár disposicion en todas estas cosas, aunque sean legos, por qué no podrá el Juez Secular tener en esto potestad?

Respuesta á
una réplica del
mismo Autor.

Pero dice Mostazo, que es mucha la disparidad; porque la Iglesia permitió á los Testadores el que dispongan por el sufragio de sus animas lo que le parezca conveniente, segun su arbitrio, ò den comission á otro para esta disposicion, cuya potestad no se halla por texto alguno Canonico concedida á los Jueces Seculares en orden á la distribucion del quinto, ò otra parte de los bienes de los que mueren abintestato.

Es cierto que la Iglesia, segun convenia á razon, dexò á la voluntad de los Fieles la eleccion de su sepultura, y sufragios por sus animas; pero no se halla haya prohibido á las Justicias Seculares el compeler á los here-
de-

deros á que cumplan con este encargo , ò executarlo los mismos Jueces en los casos dispuestos por Derecho Civil. Y si no hay Canon , que conceda á los Jueces Seculares esta potestad , en dónde se halla Canon que se la prohíba? Buscar Canones en cosas tan manifiestas , es ofender la razon natural (1).

Què repugnancia hallarán los Cánones en que el Juez Secular en los abintestatos disponga , supliendo las veces de Testador , los sufragios que se deban hacer por el anima del difunto? Nada mas hace , que una cuenta regulativa , atento su caudal , de lo que conviene expender en esto. Declara , v. g. se deben convocar tantos Sacerdotes , ò Comunidades Religiosas , vestir tantos pobres , ò expender tanto en limosnas , celebrar tantas Misas ; no dispone cosa alguna en orden á si han de fer de *Requiem* , ò del tiempo , ni menos qué Colectas se deban decir , como ni dispone del modo , y orden del Santo Sacrificio ; del mismo modo que en nada de esto , que es verdaderamente espiritual , se entromete , ni el Testador , ni el Comissario , ni otro alguno , que por su devocion , ò encargo ageno se llega á un Sacerdote , ò Comunidad Religiosa , y aprontando los correspondientes estipendios , encarga se celebren cien , quinientas , ò mil Misas.

R 2

El

(1) D. Galindo loco citat. | *firmitas intellectus* , ut ex Aris-
prop. 3. *Legem enim querere* | totel. lib. 8. *Physic. cap. 3.*
ubi adest ratio naturalis est in- | Barbof. axiom. 136. n. 13.

Respondese à
otro funda-
mento deMos-
tazo.

El que el Juez exerza su oficio en hacienda agena (que parece hace fuerza á Mostazo) nada es del caso, pues esto no qualifica accion alguna espiritual; y el oficio de Justicia se exercita en lo ageno con comission de la Ley, y el hecho del Juez se reputa hecho de la Parte.

Lo que añade el mismo Autor, que por presunta voluntad del difunto, mas bien debe creerse haver sido su intencion el que los Jueces Eclesiasticos hagan dicha distribucion que los Seculares, no parece una credulidad bien fundada; pues debiendo formarse toda buena presuncion de aquello que mas frequentemente acontece (1), con mucha mas frecuencia sucede el que los Testadores encomiendan el cumplimiento de sus funerales á sus herederos, que á otros. Y no será violentar la voluntad del difunto, el que presumamos haver tenido mas confianza de su padre, ò madre, ò de sus hijos, y hermanos, y tal vez de un pariente mas remoto, que de los Eclesiasticos para el cumplimiento de sus funerales. Por esto la Ley en los abintestatos encomienda este encargo á los herederos; y caso que estos den lugar por su omision á procedimientos judiciales, debe presumirse del difunto, quiso la intervencion de aquel Juez, cuyos procedimientos fuesen mas faci-

(1) *Ut in leg. Si quis donaturus, ff. de Usufruct. cum aliis per D. Castill. tom. 5.*

Controv. cap. 80. n. 3. D. Vella dissert. 46. num. 4. Barbosa loco 102.

ciles , prontos , y menos costosos , sin los tropiezos , que sobrevienen regularmente en los procedimientos Eclesiasticos , segun luego notaremos , y cuyas expensas , sin provecho del anima del difunto , pagan sus bienes.

No deben , pues , las razones de Mostazo (aunque por otra parte su autoridad sea grave) en modo alguno apartarnos de aplicar la resolucion comun de los DD. (de que la execucion de causas piadosas es de Fuero mixto , en que entrambos Jueces , Eclesiastico , y Secular , pueden intervenir) al caso de los abintestatos , y distribucion del quinto , en donde esta costumbre se repute por suficientemente introducida , dexando á los herederos las primeras veces en su distribucion (1).

Conclusion de esta disputa en que la distribucion de el quinto es de fuero mixto.

Bien es verdad , que mas conveniente fuera , que este conocimiento fuesse privativo de un solo Juez ; pues en este caso se cortaba toda ocasion á lo que alguna vez sucede , de que en los abintestatos de los ricos , quando se conoce , que alguno de estos no hizo testamento , ni puede ya hacerlo por el estado de la enfermedad , zeloso un Juez de la prevencion del otro en el reuento , como á la captura de una grande presa , se estén esperando en las casas inmediatas , ò en la del mismo moribundo , á que éste dè el ultimo suspiro para practicar la primera diligencia preventiva , como de caso práctico lo depo-

Que fuera mas conveniente pertenecer á un solo Fuero.

R 3

ne

(1) D. Galind. d. lib. 5. tit. 13. §. 2. Prop. & gloss. 3.

ne el señor Galindo (1). Aunque estas acciones las promueva algun motivo de piedad, jamás el Pueblo las mira en este sentido, ni las considera practicadas con otro fin, que el del interés, lo que ni á una, ni á otra Justicia es decoroso.

Perplexidades que suelen acontecer en el Fuero Eclesiástico quando en él se trata de esta distribucion.

Sea como se quiera, la jurisdiccion Eclesiastica, ò yá privativamente, como se pretende, ò yá por prevencion, suele motivar en semejantes casos un conflicto de incertidumbres, y perplexidades, que fuera difuso, è igualmente molesto, referir, sobre las incidencias, que entran en la liquidacion del quinto, en que á veces es preciso tratar con terceros interessados en la herencia por varios titulos de obligacion activa, y passiva, quienes no suelen con paciencia sufrir, que sus negocios se manejen en esta judicatura, encendiendose, yá sobre lo principal, yá sobre sus incidentes, reñidas porfias, y controversias, si no de mucha gravedad en su decision, á lo menos suficientes para absorver una buena parte del quinto, como expensas hechas en su utilidad, que son los primeros sufragios, que deben entrar en distribucion por el anima del Testador.

Accidentales perjuicios en dicha distribucion.

Tampoco hablarè de otros accidentales perjuicios á quedan expuestos los herederos, sin recurso de eviccion contra el quinto despues de distribuido, como son creditos, al principio no conocidos, que despues se declararon, ò

cu-

(1) D. Galindo loco nuper citato.

cuyos dueños , por no mezclarse con el Eclesiástico , omitieron repetir hasta finalizado el oficio de aquel , ò de acreedores confidentiales , cuyos negocios con el difunto se trataban de buena fé ; y solo á veces su muger , è hijos son los que usando de la misma buena correspondencia , pueden deponer de ellos , y cuyas declaraciones se reputan hechas de concierto por fraudar el quinto ; desterrando de este modo la buena fé , y teniendo que pagar los herederos sin descuento en el quinto , lo que en su conciencia les consta haver adeudado el difunto. Tampoco hablare de lances , y pleytos , que sobrevienen à la herencia despues de dicha distribucion , en que se suelen perder mucha parte de bienes , que sirvieron à la computacion del quinto , verificandose haverse distribuido como tal , lo que acaño era precisa legitima de los herederos. Todo esto , y mucho mas , dexo à la prudencia de los Lectores , especialmente experimentados , pues fuera el detenerme salir de mi proposito.

Entre las perniciosas consecuencias , que produce la incertidumbre en la distribucion del quinto , no puede dudarse , que accidentalmente resulte un buen efecto. Los herederos abintestato , hechos cargo de que no cumpliendo exactamente con los funerales , segun la intencion del Parroco , puede éste pretender derecho al quinto , y dár cuenta al Juez Eclesiastico para que disponga de su distribucion , de donde se les puedan seguir mu-

El temor de la distribucion de el quinto suele accidentalmente obrar algunos buenos efectos.

chos gastos, y molestias, se muestran prontos à no disgustarle en el debito funeral; y quando el Parroco conoce haverse con fidelidad cumplido con lo decente, no suele cuidar (si es prudente) de otra distribucion, que mas ceda en utilidad de los Ministros de Justicia, y daño de los herederos, que en sufragio por el anima del muerto; y así suele quedar aquel abintestato como oculto. Solo se necesitaba saber, por què tiempo se prescribia para la entera seguridad de los herederos.

Funerales de
ausentes.

El mismo temor de la distribucion del quinto produce el mismo efecto en quanto al debito funeral de los ausentes, en cuya particularidad nos detendrémos un rato, por ser esta una costumbre, ò práctica, que vá tomando vigor en estos Países.

Reyno de Galicia fecundo
en poblacion.

Se sabe, que el Reyno de Galicia, si por lo comun montuoso, y estéril, es muy fecundo, y mas que otra alguna Provincia de España en poblacion. De modo, que si todas las Provincias de España fueran igualmente fecundas, como la Galicia, sería sin duda la Corona mas formidable del mundo; porque el valor de sus naturales, è imponderable constancia en sus empresas, sobre otras Naciones, solo tiene el contrapeso de la reduccion de su numero, y menos poblacion de sus Provincias, como lo confiesan nuestros mismos emulos, y me acuerdo haver leído en uno de los mas consumados Politicos, que tuvo la Francia,

cia , entonces nuestra mayor enemiga(1).

Los Gallegos , pues , que hallan muy reducido su proprio País para poder subsistir , y à veces solo por un genio deambulativo procuran estenderse por las dos Castillas , y mas resto de España ; y aun lo hacen tambien , con menor utilidad de la Corona , por el Reyno de Portugal , vagueando algun tiempo hasta encontrar modo fixo de subsistir , y dando à veces buelta à sus Países despues de algunos años , de que se sigue haver muchedumbre de ausentes , sin tenerse noticia alguna de la vida , ò de la muerte de varios de ellos ; no dexan algunos de estos de tener sus legitimas , que muertos los padres en el tiempo de su peregrinacion , heredaron , y que poseen otros sus hermanos , y parientes.

Muchedumbre de ausentes en Galicia.

En estos casos , pues , entra la question , que proponen los Curas zelosos de las animas de estos ausentes , aun quando dexaron de ser sus Feligreses , sobre sus funerales , y distribucion del quinto de sus bienes , pues que no se sabe hayan hecho testamento.

Costumbre de funeralar los ausentes.

Comunmente se observa , singularmente en Lugares rusticos , ò Aldèas , que los herederos del ausente , despues de unos veinte años , ò menos , que no hay noticia de su paradero , se sujetan à funeralarle , porque creen , como es justo , oficio de piedad , y aun de obligacion , hacer sufragios por las animas de aquellos cuyos bienes poseen , acelerando , y coadyu-

(1) Testament politique dû Cardinal Richelien.

yuvando su buena intencion el temor de la distribucion del quinto, cuyo importe les sea mas costoso.

Disputase sobre la racionabilidad de esta costumbre.

No obstante, quando, como suele, el heredero es un pobre Labrador, cargado de trabajos, y familia, cuyos haberes no llegan sino con mucha escaléz para sustentarla, y cuyo alivio sea un verdadero sufragio por el ausente, ò difunto, parece debiera contenerse esta costumbre.

Porque en verdad estos casos, aun en personas acomodadas, son tan estraños al Derecho, que jamás en ellos me parece se ha pensado hasta estos tiempos. Dos cosas deben entrar en esta disputa, que brevemente notaremos.

Funerales suponen muerte del funerando.

La primera, es la certeza de la muerte del ausente. La segunda, si contemplado muerto, se deben hacer funerales en la Parroquia de donde se ausentó. Y en quanto à la muerte es tan necesaria, como que sin su certidumbre no pueden tener entrada los funerales, que suponen al hombre en la otra vida. Y si el pretendido muerto buelve de su peregrinacion lleno de miseria, como mas de una vez sucede, no llevará à bien, que se le haya dado trato de difunto, y empleado los bienes que necesita para su alimento en funerarle, y mucho mas si se le distribuyó el quinto; ni creo será buena data la de sus pretendidos herederos, que solo fueron durante su ausencia Administradores, los gastos de estos funerales.

Tra-

Tratando yo en este asunto con un Cura caso practico. zeloso en funerar los ausentes, y proponiendole estas razones de inconveniència, me cortò la conversacion, diciendo, que yá el havia funerado un ausente, que havia llegado vivo, y sano à su Lugar, poco despues de su entierro; y que haviendole saludado sus parientes con esta noticia, tan lexos de llevarlo à mal, luego se havia enderezado à casa del Cura à darle muchas gracias por el cuidado que tuviera con su anima. Sin embargo de la tolerancia de este buen ausente, no fuè lance favorable à la buena intencion que demostraba el Cura de funerar todos sus ausentes; porque los Administradores de sus bienes, luego objetaban lo sucedido con aquel pretendido muerto, y que no sabian si sus ausentes, en caso que bolviessen despues de funerados, serian de tan buena digestion como el otro. Y asì ansiosamente deseaba saber el Cura, què termino tenia señalado el Derecho, para que passado, se hiciessen à los ausentes los funerales.

Señalan las Leyes por vida al hombre cien años, à cuyo termino presumen pudo estender sus dias segun el estado de la humana condicion Años de la vida del hombre. (1). Algunos de nuestros DD. han coartado este termino à sesenta, ò setenta años, en la opinion, que declinando todos los dias la humana naturaleza à su ruina, yá no debia presumirse, segun la regular contingencia, ex-

(1) *Leg. fin. Cod. de Sacrosanct. Eccles.*

exceder el hombre de este termino (1).

Declinacion
diaria de la
naturaleza hu-
mana, en què
sentido deba
entenderse.

Esta declinacion diaria de la humana naturaleza la reputo yo, auxiliado de la opinion de hombres de juicio, entre los discursos fabulosos, con que se divierte el vulgo. El Real Propheta David, que murió hace mas de dos mil y setecientos años, aseguraba lo mismo que hoy experimentamos, esto es, que la vida del hombre es por lo regular de setenta años; y si en los robustos sube à ochenta, lo que de aqui excede es con dolor, y trabajo (2). Y si este Psalmó, como lo indica su inscripcion, no es de David, sino de Moysés, que hace mas de tres mil años pasó de la presente vida, no prueba menos esta verdad, principalmente quando el mismo estendió sus años à ciento y veinte.

Es, pues, cierto, que despues de algunos tiempos posteriores al Diluvio Universal, en que para la mas pronta propagacion fuè conveniente conceder al hombre mas largos años de vida, se mantiene la naturaleza humana en el mismo vigor para poder alargar el plazo de sus dias fuera de un siglo (3), como sin recurrir à Valerio Maximo, Plinio, y otros (4), diariamente nos instru-

(1) Roxas de Incompatibilit.
p. 6. cap. 3. n. 21.

(2) *Dies annorum nostrorum
in ipsis septuaginta anni, si au-
tem in potentatibus octoginta
anni: & amplius eorum, labor,*

& dolor. Psalm. 89. v. 10.

(3) Card. de Luca de Dote,
disc. 142. n. 10.

(4) Videtis Garciam de No-
bilit. gloss. 12. n. 75.

truye la experiencia , y las noticias públicas de hombres que han pasado mas allá de este termino ; y que los hombres mismos son los que se acortan sus dias , con el abuso de las cosas , que los Medicos llaman no naturales , y de los medios que debiamos proporcionar à nuestra conservacion , de que las nuevas invenciones , que hacen el gusto de los hombres, nos apartan.

Pero por esto no entiendo impugnar el juicio de nuestros DD. que solo presuntivamente estienden la vida del hombre à sesenta , ò setenta años ; antes bien me persuadirè al mismo dictamen , segun las circunstancias que ocurran , no por el fundamento de la declinacion de la naturaleza , que algunos proponen , sino por la imprecaucion regular de los hombres , principalmente en la juventud , y otros accidentes , que hacen lugar à esta presuncion , fundada en la comun contingencia.

Es cierto tambien , que por conveniencia en el orden público , tiene determinado el Derecho , que la ausencia por largo tiempo , como por diez , ò veinte años sin noticia alguna de la vida , ò la muerte del ausente , tenga algunos efectos de muerto , como para poder abrirse el testamento cerrado , de que dexò dispuesto (1) : para poder entre si los herederos abintestato dividir sus bienes , entendiendose con caucion , ò fianza de res-

Larga ausencia tiene en Derecho algunos efectos de muerte.

(1) Aguila ad Roxas d. p. 6. cap. 3. n. 8.

tituirlos con sus frutos , en caso que buelva (1) : para poder el inmediato successor en el Mayorazgo pedir su possession con la misma fianza (2), y otros varios ; pero en orden à funerales del ausente, no encontrè hasta ahora autoridad legal. En todos los efectos que vãn expreßados, no se sigue detrimento alguno , antes sì mucho provecho al ausente ; pues en caso que buelva , halla sus bienes integros por la fianza , y del mismo modo que si los hallàra en poder de un Administrador ; pero no así si se encontrasse funerado.

Muerte verdadera, debe probarse quando es fundamento de la intencion de quien la alega.

Finalmente, entierro, y otros oficios fúnebres, que se hacen por los muertos, suponen muerte verdadera, no presunta ; y por lo mismo no son adaptables dichas Leyes à este caso ; antes bien en todo assunto , en que uno funda su intencion en la vida , ò muerte de alguno , debe probarla, sin que le sufraguen las presunciones de las Leyes , que miran à otros fines. De modo, que aunque la presuncion legal no estienda la vida del hombre fuera de un siglo , no es suficiente esta presuncion al que se funda , ò pide algo consecutivamente à muerte verdadera, segun la mas recibida doctrina (3).

Es-

(1) D. Valenz. Velazquez tom. 1. conf. 17. Escobar de Ratiocin. cap. 6. à n. 47.

(2) Roxas de Incompat. d. cap. 3. n. 22.

(3) D. Covarr. lib. 2. Variar. cap. 7. n. 6. ubi Faria n. 28. & 31. Card. de Luca de Emphyt. disc. 36. n. 16.

Esto diximos en quanto à la primer circunstancia de la certeza de la muerte de los ausentes: passémos à la segunda, y supongamos que el ausente se halle verdaderamente muerto, no creo que de aqui puedan pretender los Curas un derecho incontestable à sus funerales.

Disputase si à los ausentes verdaderamente muertos se deban hacer funerales en la Parroquia de donde se ausentaron.

La disposicion de los Canones en este asunto, reducida à compendio, es, que cada uno pueda libremente elegir sepultura (1); no eligiendola, se debe enterrar en el sepulcro de sus mayores, ò en su propria Parroquia, en donde percibiò los Santos Sacramentos, y asistió à los Divinos Oficios (2). En caso de enterrarse en agena Iglesia, debe ésta pagar al Parroco del muerto la quarta funeral, esto es, la quarta parte de todo lo que por razon de funerales percibiò, ò por su voluntad ultima le dexò el Testador (3); cuya determinacion es justa, porque es razonable, que aquel que prontamente asistió à los consuelos espirituales del vivo, tenga tambien parte en las temporales utilidades, que expendió à su muerte. Esta quarta funeral no la debe el muerto, ò sus herederos, sino la Iglesia en que se le diò sepultura, y que percibiò enteramente los derechos de los funerales (4). Tampoco están obligados los herederos

Compendio Canonico en disposiciones fúnebres.

ros

(1) Cap. 1. de Sepulturis.

(3) Cap. 4. cap. In presentia

(2) Rota apud Pitoniam

10. de Sepult.

Discept. Eccles. discept. 51. à n. 19.

(4) Reiffenstuel ad Decretal.

tit. de Sepult. n. 34.

ros del difunto à hacer algun oficio fúnebre en la Parroquia , pues ésta debe contentarse con su quarta funeral (1).

La costumbre derogò variamente à los Canones , pero no debe degenerar en corruptelas.

Esta disposicion de los Sagrados Canones se halla en muchas partes alterada por la costumbre, en cuya interpretacion hay no pocas incertidumbres. Pero sea como se quiera , qualquier costumbre que en esto se introduzca, debe regularse en quanto sea possible , para que no se proceda en corruptelas , por dichas determinaciones de Derecho.

Resolucion de la question propuesta.

Supuesto, pues, que al ausente , en qualquier parage que se haya muerto , se le ha dado sepultura , no parece que sus herederos , segun la definicion de Derecho , estèn obligados à hacerle otros funerales en la Parroquia de donde se ausentò. Y quando mas, solo estará obligada la Iglesia que le diò sepultura à contribuir à la Parroquia con la quarta parte del importe del funeral.

Pero como en el assunto presente de sepultura , para que uno se diga haver mudado de Parroquia , y constituidola en otra parte, no se necesita verdadera vecindad , y domicilio , siendo suficiente quasi domicilio , como que el ausente se haya determinado vivir en la parte en donde se halla hasta mejor comodidad , no siendo yá al tiempo de su muerte parroquiano de donde se ausentò , se sigue no haverse sepultado este ausente fuera de su propria Parroquia , ni deberse à otra al-

gu-

guna quarta , ni funerales.

Pero se dirá , que esto está bien en quanto à que no deban hacerse otros funerales de entierro al ausente ; pero no en quanto à los de tercero , septimo dia , y cabo de año , que no consta haversele hecho. A esto digo , que estas funciones de tercero , septimo , nono , trigésimo dia , Aniversario , y cabo de Año , y otras semejantes , son en sí prácticas laudables , y de tiempos antiguos observadas (1); pero de mera devocion , en que cada uno se porta segun su piedad , y posibilidad : y los Canones jamás impusieron obligacion precisa à los herederos del difunto de observarlas (2): y así vemos , que no hay uniformidad en esta práctica , variando la costumbre de Iglesia en Iglesia. Es justo , no obstante , se observe lo que en cada una se hallare sin sospecha de fordido lucro , laudablemente establecido , como fundado en piedad (3). Pero nuestros ausentes , mudando de Parroquia , tambien mudaron de costumbres parroquiales , y murieron sujetos à aquellas que havia en la

Oficios fuue-
bres de terce-
ro , septimo
dia , cabo de
año , &c.

S en

(1) Amalar Fortunat. lib. 3. de Eccles. Offic. cap. 44. cum aliis p. Mostazum de Caus. piis, lib. 6. cap. 1. à n. 15.

(2) Reiffenst cit. tit. de Sepult. §. 2. n. 75. ubi excessus Parochorum enumerans ait : Quarto quando cogunt , & variis modis adigunt haredes defuncti , ut prater exequias , & depositio-

nis officium , etiam tertium , septimum , vel trigésimum , pro lucro , & commodo Clericorum celebrari faciant ; cum tertium , septimum , vel trigésimum celebrandi nulla de jure obligatio , sed mera liberalitas sit.

(3) Cap. Ad audientiam 24. de Simonia.

en donde fueron sepultados.

Que no debe constituirse por regla general la costumbre de fufnerar los ausentes, aún que en algun caso pueda ser razonable.

No negaré yo, que muchos de estos ausentes mueren en Hospitales, y que como à pobres se les dá sepultura; y que es conveniente à razon el que haviendo dexado bienes en los Lugares de sus nacimientos, se les hagan sufragios por sus animas. Esto es muy pio, y tal será la costumbre que esto establezca; pero la perplexidad está en la execucion.

Hay ausentes, à quienes sin faltarles en sus casas con que vivir decentemente, desterrò su genio vagabundo, ò anhelo de mejor fortuna, ò algun contratiempo, y dissension. Estos tales, si su peregrinacion les es incomoda, ò si no hallan fortuna superior, jamás se olvidan de la que dexaron, ni viven tan desterrados, que no escriban à sus parientes, ò de otro modo se sepa de su paradero; y si en su ausencia les coge la muerte, se tiene regularmente noticia de sus testamentos, y disposiciones. Con estos no suele haver question de funerales, y quinto.

Los ausentes de que hablamos, y que suelen dár motivo à estas disputas, son regularmente aquellos, que no hallando en el País de su nacimiento la comodidad que apetecen para vivir, y conociendo lo poco que les fructifica su trabajo en tierra propria, ván à buscar mayores estipendios en la agena: rodeados de hermanos, y hermanas, conocen, que todo quanto les pueda tocar en particion, no les releva de perpetua miseria, y hallan mas conveniente dexar à sus parientes estos cor-

ros bienes, que ser con ellos partícipes de una vida miserable. Los parientes à quienes quedan no redimen con ellos, aunque algun tanto defahoguen, sus necesidades. Por qué, pues, inquietarlos en sus conflictos con funerales, ù otras distribuciones de la legitima del ausente, cuya muerte se ignora? Y si es justo por su anima hacer sufragios, qué mayor sufragio, que la misericordia con unos pobres parientes, cuyos hijos andan acaso desnudos, ò mal vestidos, por no haver podido los padres ponerse en estado de cubrirlos (1)?

Esto es lo ordinario en estos ausentes; y si hay casos en que falten estas circunstancias de compasión, en todos regularmente falta razon juridica, que funde precisa obligacion, y no facultativa, ò arbitraria de dichos funerales, y distribuciones. Y la piedad que justifica la contraria costumbre en algun caso, no puede ser regla general, que proceda en todos; y las Leyes, como los Canones, à quienes debe imitar la costumbre, solo atienden à las contingencias comunes, no à las raras, y extraordinarias (2).

Concluyo diciendo con el Cardenal de Luca (3), que aunque las costumbres de que tratamos sean en sí laudables en sus casos, y llenas de piedad, como lo es todo lo condu-

S 2

cen-

(1) *Discite quid est: Misericordiam volo, & non sacrificium. Matth. 9. v. 13.*

(2) *Arg. text. in leg. Nam*

ad ea, ff. de Legibus.

(3) Cardenal de Luca de *Testament. disc. 24. num. 8.*

cum seq.

Si sería conveniente erradicar las costumbres en este quarto exemplo propuestas, sin embargo que parezcan piadosas, y laudables.

cente al sufragio de las animas de los Fieles, de quienes así como christianamente vivieron, es de presumir, que si la muerte no huviera prevenido à sus testamentos, huvieran mandado expender en sufragio de sus animas algunas cantidades; no obstante, por la mala aplicacion, è inconvenientes, que se experimentan en semejantes prácticas, llegando à veces à lances, que solo con horror de la humanidad se oyen, y de que fuè testigo el mismo Cardenal, y que no son inauditos en estos Países (aunque en otros terminos, y diferentes personas, y de que yo de oídas à un Sacerdote, à no ser el caso reciente, podria tambien deponer), debian absolutamente desterrarse semejantes costumbres. Añado yo, que no solo éstas, sino tambien la de las ofrendas involuntarias, que se pretenden en los funerales, dexandolo à la libre discrecion del difunto, y sus herederos, y tassando con uniforme precision todos los mas derechos fúnebres, y otros semejantes, sin embargo de qualesquier costumbres, que son las que motivan perniciosas alteraciones, y contiendas, que nunca se encienden sin escandalo de los Fieles, y de que los Eclesiasticos no salen regularmente sin nota de interesados, ò acaso de avarientos, y muchas veces sin merecerlo, sino por el indiscreto zelo de defender como derecho de su Iglesia, lo que frequentemente no es sino una costumbre irrazonable.

DISCURSO VII.

SOBRE LAS LEYES TACITAS,
esto es, sobre la verdad, equidad, y arbitrio
en el Derecho.

HAY Leyes, que ni son propriamente es-
critas, ni son costumbre, como es la
equidad con que se modera el rigor aparen-
te de la Ley, y arbitrio: con que no siendo
posible en las Leyes decidir todos los casos,
que puedan ocurrir, principalmente variados
de infinitas circunstancias (1), el prudente ar-
bitrio del Juez tiene mucha parte en la jus-
ticia de la decision (2). Suele tambien la ver-
dad en los Juicios, sin embargo de la pre-
caucion de las Leyes, ocultarse con los arti-
ficiosos velos con que la cubre el embuste,
hallandose algunas veces tan disfrazada, que
passa sin ser conocida à vista de superficiales
inspecciones; y solo à una viva penetracion,
acompañada de prudencia, dexa percibir-
se. Esta, pues, verdad, equidad, y ar-
bitrio, será la materia del presente Discur-
so, en que anotarémos las incertidumbres,
que tienen origen, ò por mejor decir, que
indebidamente toman su motivo de esta
raiz.

Propósito de
este Discurso.

S 3

Una

(1) Leg. Nec leges, leg. Non possunt, ff. de Legibus. | testati permittitur, id subicitur
juris necessitati. Leg. Non quid-

(2) Non quidquid judicis po- | quid, ff. de Legibus.

si es conveniente el uso de Leyes escritas.

Politica de Licurgo.

Una de las maximas de la politica del celebrado Legislador Licurgo, no solo fuè hacer pocas Leyes, pero tambien el prohibir se reduxessen à escrito, queriendo que passassen como por tradicion de una generacion à otra, y dexando las mas de ellas al arbitrio, y discrecion de los Magistrados. De este modo se ahorran las perpetuas controversias sobre su interpretacion, y cessaban las regulares quejas contra los Jueces de haver sentenciado mal, pues no havia Ley que les convenciesse de injusticia.

A muchos Politicos pareció bien esta maxima de gobierno legal, la que necessariamente supone el acierto en la eleccion de los Magistrados, dotados de unos talentos propios à discernir la equidad del rigor, la verdad de la mentira, lo justo de lo injusto, y de una integridad incorruptible.

Comun consentimiento de los Pueblos en tener Leyes escritas, y la razon.

Pero como es tan dificil este acierto, comunmente desecharon esta idea de gobierno las Repùblicas, y Reynos de mejor policia, dando à los Magistrados la Ley, como regla à que deban ceñirse en sus procedimientos; remediando tambien de este modo los errores inevitables en la eleccion de los Jueces, à quienes la Ley sirve de freno para contenerles en sus procedimientos, y cuya justicia, ò injusticia la misma Ley manifiesta, en quanto à ella se arreglen, ò de ella se aparten; y sirve tambien de escudo à los mismos Jueces contra

tra las importunidades del vulgo (1).

Además, de que tanta distincion de estados de personas, tanta variedad de Fueros, tanta multitud de Leyes, tanta multiplicidad de costumbres, tanta complicacion de negocios, y tanto preciso numero, y diversidad de Judicaturas, como en los Reynos, y Repúblicas de estos tiempos, mas sin comparacion, que en las antiguas, se reconocen, impossibilita el que las Leyes se puedan sostener en la tradicion, y que se puedan confiar al incierto arbitrio, y prudencia de los Jueces.

Aun no obstante (como dixe), no siendo facil el comprehender todos los casos, y sus circunstancias en la literal expresion de la Ley, ni siendo posible prevenir todos los incidentes con que vienen complicados, no puede menos, que cometerse algunas cosas al prudente arbitrio, y regulacion del que ha de juzgar (2). Algunos DD. tuvieron el util, y trabajoso estudio de describir, y juntar los casos, cuya decision comete la Ley al arbitrio del Juez, aliviando de este modo la pena de bus-

Arbitrio en los Jueces.

Multitud de casos arbitrarios.

S 4

car-

(1) *Non modo adversus tyrannidem in legibus innocentia praesidium est, sed & Magistratibus adversus vulgi importunitatem, hic tanquam aeneus murus est.* Cicero pro Cluentio.

(2) *Lex enim illos omnes casus facit arbitrarios, in quibus lex ipsa certum mo-*

dum statuere non potest, cum is precipue pendeat à circumstantiis subjecti de quo agitur. Leg. 1. & 2. ff. Ubi pupillus educari debeat. Leg. 3. vers. Tu vero magis, ff. de Testibus, cum aliis per D. Salgado de Retentione, p. 1. cap. 9. n. 27.

carlos entre las Leyes, y multitud de otros libros (1). Estos casos cada dia mas, y mas se multiplican, porque trabajando incessantemente los DD. sobre la interpretacion, extension, y restriccion de las Leyes, no hallan en varios lances otro arbitrio, que dexar su decision à la prudencia del Juez.

Jurisprudencia
arbitraria muy
nociva à la
República.

Me parece esto, y así lo sienten otros, que es una de las mayores plagas de incertidumbre, que puede venir sobre las Leyes; pues los Jueces, que no son raros, en quienes no se encuentran los suficientes dotes de capacidad, prudencia, estudio, y experiencia, luego que conciben que una cosa se pone à su arbitrio, poco menos piensan, que el ser señores de la sentencia, que se deba pronunciar en el pleyto. Y como en algunos Escritores (2) pueden leer, que en las cosas arbitrarias conviene tener al Juez benevolo, se aumenta mas su hinchazon, de que pueden libremente exercer esta benevolencia, aplicandola à quien quieran, y sentenciando segun capricho; como si aunque en algun caso falte Ley, que les precise à ceñirse à sus terminos, se hallassen absueltos de arreglarse à los que prescribe la justicia (3).

Los

(1) Ut Cœpola in leg. Si fugitivi, C. de Servitut. à n. 49. Menoch. de Arbitrar. & plures alii.

(2) Abbas in cap. Pastoralis de Rescript. n. 5.

(3) Cap. fin. de Transaction.

ubi ait Honorius III. In his vero super quibus jus non invenitur expressum procedas (æquitate servata) semper in humaniorem partem declinando, secundum quod personas, & causas, loca, & tempora videris pos-

Los discretos rompimientos, que en materias difíciles hacen alguna vez los Jueces Superiores, los toman otros Jueces en todo inferiores, y sin atencion al complexo de circunstancias con que los primeros procedieron por modelos, para manifestar su ignorancia, è indiscrecion en otros lances, haciendo verdaderamente de monos, que aunque imiten las acciones humanas, nunca salen de la esfera de brutales, porque proceden sin conocimiento. Aplicarémos à estos el dicho de San Pablo, contra los que quieren ser Doctores de la Ley, sin entender lo que dicen (1).

Quánto mejor les fuera à estos ceñirse à la Ley, y trabajar con los DD. sobre su verdadero sentido, y aplicacion al caso, que meterse en otros conceptos, y arbitrios, que la falta de literatura, y experiencia, y à veces su propria passion, no les pone en estado de hacer? Pero esto es trabajoso.

El arbitrio que se concede al Juez en algunos casos, no es un arbitrio libre, y absoluto; es un arbitrio regulado por las Leyes,

Verdadero arbitrio regulado por las Leyes.

y

postulares. Et ut B. Ambrosius relatus in cap. Judicet ille 4. c. 3. q. 7. Bonus Judex nihil ex arbitrio suo facit, & domestica proposito voluntatis: sed juxta leges, & jura pronuntiat statutis juris obtemperat, non indulget propria voluntati nihil paratum, & meditarum domo defert: sed sicut audit, ita ju

dicat, & sicut se habet negotii natura decernit: obsequitur legibus, non adversatur, examinat cause merita, non mutat....

(1) Volentes esse legis Doctores non intelligentes, nec quæ loquuntur, nec de quibus affirmant, 1. ad Timoth. cap. 1. v. 7.

y ciencia de Derecho (1), quien no possye-
re esta ciencia, jamás se hallará en estado de
arbitrar segun debe. Son estos arbitrios co-
mo los de los Medicos en algunas dolencias,
que aunque tengan muchos remedios en que
poder arbitrar sobre su aplicacion, siempre
deben ceñirse à las reglas de su arte, à las
circunstancias del enfermo, y su indisposi-
cion.

Aun en esto
hay perplexi-
dades.

Aun hay mas que esto: no solo en Jueces
ignorantes, ò no suficientemente capaces, y
no menos en los precipitados, y apasiona-
dos, es peligroso este arbitrio, sino que aun
en Jueces integros, es causa de muchas incer-
tidumbres, porque son de muy varia regula-
cion los ingenios. En lo arbitrario, dice el
Cardenal de Luca (2), aun en Jueces de igual
doctrina, è integridad, son tan distantes los
conceptos, que lo que à uno parece blanco,
otro lo reputa por negro. Qué efecto, pues,
podrá resultar de aqui, sino perplexidades, è
incertidumbres, molestias, y gastos insupera-
bles à los litigantes, con multiplicacion de
inf-

(2) *Nullum enim, nec in ar-
bitrariis arbitrium iudex habet,
quod non juris praefinitionibus,
& causa accidentibus sit alli-
garum, ut ex Tiraquel. Ve-
lasco de Judice perfecto, rubr.*
12. annot. unic. n. 14. Boba-
dill. Polit. lib. 2. cap. 10. n. 27.
D. Larrea decis. 68. n. 8. D.
Valenzuela cons. 69. à n. 211.

& cons. 90. à n. 21.

(2) *In arbitrariis ingeniorum
varietas frequenter causat, ut
quod uni videtur album, alteri
aqualis doctrina, ac integrita-
tis videatur nigrum, ideoque
temerarium est positivè dicere,
quod resolutio sit justa, vel in-
justa. Card. de Luc. de Dona-
tion. disc. 29. n. 3.*

instancias, corriendo de Tribunal en Tribunal, por si pueden encontrar Jueces de diverso concepto, y arbitrio (1)?

Lo peor es, que se vá introduciendo como de moda hacer todas las Leyes arbitrarias. Como la dificultad de las Leyes vá creciendo todos los dias, segun se aumentan los volúmenes de sus Interpretes, haciendose yá como imposible su estudio; parece reducida la Jurisprudencia à lo que à cada uno le parece bueno. No es esto tan nuevo, que de ello no se quexe amargamente el Politico Bobadilla sucedia en su tiempo (2); pero desde entonces acá, habiendo continuado los motivos de este desorden, debió crecer mas la confusion, segun lo estamos experimentando.

Es moda hacer todas las Leyes arbitrarias

Què

(1) Fontanel. *decisione* 65. à n. 9.

(2) Bobadilla *Politica lib.* 2. *cap.* 10. n. 18. Los Jueces inferiores, dice, muchos con poca christiandad, y los mas por ignorancia (porque aun no saben Gramatica) dexan de juzgar por las Leyes, y juzgan las mas veces por su parecer, y alvedrio: y otras veces sò color, y pretexto de estilo, y costumbre, como advierte Simancas; y quando estos tales juzgan, parece mas el tiempo, y Era de Lain Calvo, y de Nuño Rasura, quando se juzgaba à bien vis-

to por uso de Villa, y Fuero, (aunque con mas verdad, razon, y sana intencion que al presente), que no el tiempo que ahora alcanzamos de tanta malicia, prevenida, y corregida con tantas, y tan sanas Leyes, y con tantas doctrinas de sabios Escritores Juristas; y cierto veo, que está el mundo tal, que casi en ninguna cosa se hace à nadie bien, amistad, ni gracia, sino es en las cosas de justicia, y usando en ellas de alvedrio: y à estos tales Jueces llama Simancas iniquos, perjuros, y tyranos.

Remedio contra la incertidumbre, y daños de los arbitrios.

Què remedio , pues , para desterrar de la República semejantes arbitrios ? Parece no es dable otro , que el hacer Leyes precisas , y decisivas de los casos , sin dár mas que hacer al Juez , que aplicarlas à su execucion. Pero será esto posible ? En verdad no lo es , porque no cabe en la posibilidad humana la comprehension de todas las circunstancias prácticas , que en la variedad de los casos puedan concurrir , y que sirvan à formar un recto juicio.

Pero no obstante , pueden proponerse principios ciertos , y metódicas reglas , de las que se puedan inferir precisas consecuencias aplicables à los casos , cortando , en quanto sea dable , toda ocasion al Juez de arbitrar , encomendandole solo el obedecer , esto es , sujeciendo el Juez à la Ley , no la Ley al Juez. Esta forma en las Leyes deseaba Aristoteles para ser rectamente constituidas (1) , y sin las que dice Platon no faltarán turbaciones en la República (2).

Equidad.

La equidad de que nos propusimos tambien tratar en este Discurso , tiene tales colores de amable , que parece , y con razon , no puede haver recto juicio , ni conveniente administracion de justicia en donde ésta falte.

Quién

(1) *Leges illæ optimæ , quæ arbitrio judicis pauca relinquunt. Ex Aristotele Rhetoric. I.*

tur , in qua lex non præst Magistratibus , sed illi legibus præsumunt. Plato lib. 34. seu Dialog. 4. de Legibus.

(2) *Interitus civitati para-*

Quién no amará la equidad? Aquella virtud, que suavizando, y templando el rigor de la Ley, cuya aplicacion en algun caso fuera intolerable, lo dispone, y suaviza de tal modo, que sin faltar à su disposicion, moderando solo su rigor, hace un recto cumplimiento de justicia: Virtud, cuya possession condecora al Juez con los relevantes dotes de bueno, amable, y equitativo, haciendo su severidad mas venerable que odiosa, mas respetable que temible.

Elogios de la verdadera equidad.

Pero quién creerá, que esta misma equidad es ocasionalmente otra plaga en las Leyes, y la turbacion de los Juicios? Quién dixera, que à los mas clasicos delirios, y desaciertos en los Jueces, se les diese el nombre de equidad, y que con un nombre de tan estimable virtud, se encubriese una injusticia? Aunque lo vemos, y experimentamos diariamente, no me atreviera ponerlo por escrito, si no concurriera la unanime voz de los Escritores à proferirlo. Sin duda que la experiencia del tiempo en que vivieron, continúa sin interrupcion à instruir à los que vivimos al presente.

su abuso plaga de las Leyes.

Con su velo pretende vestirse la injusticia.

Esta desgracia, no solo experimenta la equidad, sino que es comun à todas las virtudes, cuyos vicios opuestos, pretenden, desmintiendo sus nombres, usurpar los de las virtudes à que se oponen (1). La soberbia se encubre con el nom-

Desgracia comun de todas las virtudes.

(1) *Plerumque vitia virtutes palliat: contraque se effusio sub se esse mentiuntur: nam saepe sub appellatione largitatis occultat parsinomia nomine, se tenacia saepe inordinata remissio pietas cre-*

nombre de autoridad : la avaricia pretende llamarse parsimonia : el pródigo quiere llamarse liberal : la vana ostentacion pretende denominarse decencia. A un animo remisso se le dá el nombre de piadoso : una desordenada ira , y furibundéz , se intenta cubrir con el nombre de zelo. La precipitacion toma el nombre de prontitud , y velocidad de animo ; y la pereza se adorna con el caracter de gravedad , y maduréz de consejo , y así de otras. Què mucho , pues , que la injusticia tambien pretenda vestirse la capa de equidad , no siendo mas que una ficcion , un embuste , y un iniquo trastorno de las Leyes?

Què sea equi-
dad.

Pero veamos què sea equidad , su verdadero uso , y su comun abuso. Equidad , à que los Griegos llamaron *epiikia*, de donde vulgarmente tomamos el nombre de *epiqueya*, no es mas que un acto prudencial , segun el que cree el Juez deber en algun modo apartarse en parte , ò en todo de la Ley , sin embargo de la claridad de su expresion , por el concurso de las circunstancias existentes , las que se persuade , que teniendo presente el Legislador , y preguntado en el caso , sería del mismo acuerdo.

Comunmente la equidad se toma en el concepto de ser temperativa de el rigor

creditur, & effrenata ira zeli | *filium putatur*, ut B. Grego-
virtus estimatur. Sapè prae- | *rius p. 2. cap. 9. Curia Pasto-*
tatio velocitatis efficacia , & | *ralis, text. in cap. 7. dist. 41.*
agendi tarditas gravitatis con-

gor (1). Mira la Ley las cosas con una inflexible rectitud, que la equidad en ciertas circunstancias modera. Oponese por esto la equidad à la justicia, segun expresiones de Derecho (2); pero en tanto se opone, en quanto mitigando en ciertas circunstancias su rigor, le comunica su verdadera perfeccion. Es, pues, inseparable la verdadera justicia de la equidad; ni puede darse mas estrecho conforcio, que el de estas dos virtudes (3); de modo, que la justicia sin la equidad està como corrida, y avergonzada (4): por esto no hay Ley alguna, à lo menos no debe haverla, que no tenga su fundamento en la equidad. Finalmente, tan estrecho es el conforcio de la equidad, y la justicia, que hasta sus mismos nombres se comunican, llamandose la equidad justicia, y la justicia nombrandose equidad (5).

Esta equidad, ò està prevenida en las mismas

(1) *Æquitas est severitas justitia dulzore misericordia temperata.* B. Antoninus p. 4. Summa, tit. 5. cap. 19. §. 1.

(2) *Leg. Placuit, Cod. de Judiciis, cap. Consuluit 24. de Officio Judic. Delegati.*

(3) *Nihil enim tam consociabile, quam cum aequitate justitia.* B. Ambrosius de Officiis, lib. 1. cap. 33. & ut B. Petrus Chrysolog. Penes Deum, nec pietas sine justitia est: nec

sine pietate justitia. Cælesti sensu sine bonitate aequitas; sine aequitate bonitas non habetur. Virtutes si separata fuerint dilabuntur. Æquitas sine bonitate sævitia est: justitia sine bonitate crudelitas.

(4) *Leg. Si quis in suo 24. §. Legis autem, Cod. de Inofficioso testamento.*

(5) *Plura apud Velasco de Judice perfecto, rubrica 14. annot. 1.*

Equidad escrita,
ta, y no escri-
ta.

mas Leyes, esto es, que las Leyes encomiendan al Juez su uso en ciertos casos, y circunstancias, à que llamamos equidad escrita; ò no está exprestada en las mismas Leyes, por ser caso diversamente circunstanciado, que los que las Leyes tocan, y se dice equidad no escrita.

Quando la Ley previene, segun las circunstancias que prescribe, el uso de la equidad, ò temperamento del rigor, no tiene que hacer el Juez sino aplicar su uso al caso practico. Pero quando la equidad no está escrita, y por otro lado las circunstancias del caso la piden, ò se cree, ò finge pedirla, incidimos en el caos de juicio arbitrario, en que se reconoce el riesgo de introducir, ò ampliar equidades, con trastorno del Derecho; pues las circunstancias, que acreditan la equidad en un caso, hacen en otro injusta su práctica (1). Incidimos, pues, en todas las incertidumbres, y perplexidades que acabamos de notar en los casos arbitrarios con perpetua confusion de la Jurisprudencia (2).

Por

(1) D. Vela *dissert.* 13. numer. 43.

(2) *Quid ad inducendos errores accommodatius, quam si in reddendo jure propriam cuique animi sententiam pro ratione sequi, & nescio quo aequitatis commentitia obtentu legibus illudere passim concedatur? Mos enim solemnissimus ille est istiusmodi hominum, ut, si delirent, si-*

ve resecta sentiant (quod nonnumquam, sed casu evenire necesse est) omnia referunt ad aequitatem, quam pro arbitrio sibi fingunt, ut magni, non juris tantum, sed (quod etiam in jure praeceptum est.) Aequitatis arbitri existimentur. Anton. Faber in Epistola Subaudiæ Duci dicata, lib. de Erroribus Pragmaticor.

Por esto los DD. restringen comunmente el uso de la equidad en los Jueces à sola la equidad escrita, coartandoles la facultad de estenderla fuera de los casos, y circunstancias en las mismas Leyes prevenidas (1). No porque un recto, sabio, y prudente Juez no pudiesse usar en algun caso de una equidad no escrita con suma justicia, sino porque esta libertad seria un abuso en Jueces menos entendidos, y que no obstante piensan no tener menos facultades, que otros de echar mano de una tan heroyca virtud, como es la equidad, cuyo abuso seria el mas seguro trastorno de las leyes. A semejantes equidades llaman, y con razon, los DD. cerebri-
nas, porque no tienen fundamento en la Ley, ni en la razon, sino que cada uno se finge à su antojo, acomodandola segun los delirios de su fantasia à las ideas de su ignorancia, precipitacion, ò ciega passion (2).

Solo de equidad escrita deben usar los Jueces.

Equidad cerebri-
na.

T

Por-

(1) *Placuit in omnibus rebus precipuam esse justitia aequitatisque scripta, quam stricti juris rationem. Leg. Placuit, Cod. de Judiciis. Ergo (ait Garcia de Expens. cap. 1. n. 28.) aequitas debet esse scripta, vel particulariter, vel generaliter, vel aliunde deducta à jure scripto, vel omnino consulendus est Rex. Ex leg. 1. de Legibus. Capitosa aequitas virus est, nisi enim ab hac caverint cordati judices nihil erit, vel certum, vel perpetuum in jure, quibuslibet cau-*

sarum statum ad imaginariam, & temerariam aequitatem (ant ut rectius dicam) iniquitatem detorquentibus, consentiunt DD. communissimè. D. Larrea Decis. Granat. tom. 1. decis. 47. n. 38. D. Hontalv. de Jure superven. tom. 1. q. 6. n. 121. cum seq. Antun. de Donation. Reg. p. 3. cap. 42. n. 68.

(2) *Optimè Card. de Luca de Regalibus, disc. 106. n. 10. Ubi quandam resolutionem impugnas ait: Resolutio mihi non placuit, quia ubi regulas juris,*

Precauciones,
y remedios
contra seme-
jantes equida-
des.

Por esto es muy celebrada la Embaxada, que los habitantes del Delfinado, Provincia de Francia; hicieron al Rey Francisco; en que, entre otras cosas, le pedian, que los Jueces de aquella Provincia no juzgassen negocio alguno por la equidad, sino que se arreglassen à las Leyes escritas; previniendo de este modo los golpes de la injusticia, de que se rezelaban, con la mascara de aquella virtud, segun despues de Conano refiere Garcia (1). Y sin salir de España debemos alabar en este mismo proposito la prudencia de los Catalanes, quienes, segun refiere Fontanela (2), tienen constitucion expressa, que obliga à sus Jueces arreglarse à las Leyes, sin atender à otra equidad mas de la que aquellas insinúan.

Tanta precaucion contra la equidad demuestra sin duda los estragos, que con el velo de esta noble virtud se hacen, vulnerando la justicia. Estos estragos prosiguen, porque no se hallò contra ellos eficaz remedio. Los DD. incessantemente claman; pero por mas que se escriba contra semejantes mentidas equidades, jamás se hallará para su destruccion otro remedio, que Leyes claras, precisas, y bien circun-

& dispositionem habemus, attendenda non est ista non scripta equitas apud rusticos, & idiotas attendi solita; non autem attendenda per eos, qui judicare debent prout de jure. Consonat gloss. in Clement. 1. de Religiosis domibus: Equitas, in-

quir, cerebrina, & simulata, qua totus mundus fallitur, est duplex iniquitas.

(1) Garcia de Expensis, cap. 1. n. 28.

(2) Fontanela de Pactis nuptial. claus. 4. glossa 18. p. 2. n. 88.

cunstanciadas ; pues en interin que subsista un Derecho incierto , y de varia , y confusa interpretacion , siempre será dificultoso arguir la injusticia de algunas sentencias , sin que puedan paliarse con el decoroso nombre de equidad.

Nos resta otro no menos peligroso escollo que los precedentes , y que no ocasiona menos incertidumbres en los Juicios. Este es la verdad. Quién dixera , que de la verdad pudiesen dimanar efectos tan funestos ? No es la verdad la que manifiesta las cosas segun realmente son en sí , desembolviendolas de la mascara con que procurò cubrirlas la mentira ? Y què mejor hallazgo en un Juez para hacer justicia , y dár à cada uno lo que es suyo ? Què es la Ley , sino el hallazgo de la verdad en las diferencias , ò disensiones entre los hombres , segun la definiò Platon (1) ?

De la verdad.

Así lo conocieron los Egypcios , quando , segun testimonio de Diodoro de Sicilia (2) , ponian por distintivo à los Jueces superiores , que residian en sus principales Ciudades , un señal , adornado con varias piedras preciosas , pendiente de una cadena de oro al cuello , à cuya insignia daban por nombre la *verdad* , como que la verdad es el objeto unico à que debe atender el Juez para hacer justicia.

Verdad , objeto de la justicia , y sus symbolos.

Mejor testimonio que este , y que pudo

T 2

fer-

(1) *Lex nihil aliud est, quam veritatis inventio. Plato in Euthyphrone, seu de sanitate.*

(2) *Diodorus Siculus lib. 2. Rerum antiquarum.*

servir à los Egypcios de simple imitacion, tenemos en las Sagradas Letras en el Racional del Juicio *Rationale Judicii*, que debia traher Aaron en el pecho siempre que entraba en el Suantuario, pendiente del cuello con una cadena de oro, entre doce piedras preciosas de distintas especies, esmaltado en cada una de ellas un nombre de los doce Tribus de Israël; en cuyo Racional estaba descrita la doctrina, y la verdad, porque sin doctrina, y sin verdad no podia Aaron, ni su descendencia, posseder dignamente los empléos de Juez, y Sumo Sacerdote (1).

Verdad muy encomendada à los Jueces.

Quando Yethro aconsejó à su yerno Moyses, que para ahorrar fatigas eligiesse Jueces, que juzgassen al Pueblo de Israël, tuvo cuidado al mismo tiempo de proponerle, que los que huviesen de servir en este empléo, fuesen hombres en quienes residiesse verdad (2).

La Ley de Dios, en boca del Real Profeta, no es otra cosa, que la misma verdad (3). Jesu-Christo, Juez de vivos, y muertos, y que es esencialmente la misma verdad, con este nombre explicò su eterna judicatura, su mission del Padre, y el camino que nos dirige à las felicidades eternas (4): y preguntado por Poncio

(1) Exod. cap. 28. vers. 30.

(2) *Provide autem de omni plebe viros potentes, & timentes Deum in quibus sit veritas, & qui oderint avaritiam.* Exodi cap. 18. v. 21.

(3) *Lex tua veritas.* Psalm. 118. v. 142.

(4) *Ego sum via, & veritas, & vita.* Joan. c. 14. v. 6. *Et spiritus est, qui testificatur quoniam Christus est veritas.* Ep. 1. Joan. c. 5.

cio Pilato, què cosa era verdad, no le respondió cosa alguna, ni Pilato se dispuso à oirla; porque no pertenecia à un Juez, que sin otro examen mas de complacer à un populacho alborotado, se determinaba à dár muerte à la misma innocencia, el saber què cosa era verdad (1).

Finalmente, en las Leyes, y Canones no se halla otro encargo mas frequente à los Jueces, que el que cuiden de instruirse de la verdad, y segun ella dèn sus sentencias (2): de modo, que por no declinar un punto de la verdad conocida, deben dexar los apices, y sutilezas del Derecho (3). Nuestras Leyes Reales no se olvidaron de encomendar esto mismo à los Jueces: *Verdad es cosa*, (dice una Ley de la Partida) *que los Juzgadores deben catar en los pleytos sobre todas las cosas del mundo*. Mas expresivas en el asunto son otras Leyes recopiladas.

Cómo, pues, siendo esto así, la verdad es la piedra de ofension, y tropiezo en los Jueces, de que resulta la perversion de los Juicios, y la incertidumbre de las Leyes? No creo será dificultoso entender esto, si nos acordamos de lo que sucede con otras virtudes,

Verdad, debe ser preferida à vanas sutilezas, y apices de Derecho.

Cómo la verdad ocasione la inordinacion de los juicios, y el trastorno de las Leyes.

T 3

y

(1) Joann. cap. 18. v. 38.
(2) Leg. Judices 9. leg. Rem novam 12. Cod. de Judic. cap. Grave 35. quest. 9. Cap. Cum Joann. 10. de Fide Instru-
ment.

(3) Leg. Si Fidejussor. 29. §. Quadam, ff. Mandati. Leg. unic. Cod. Ut actiones ab heredibus, & contra heredem incipiant.

y singularmente con la equidad. Como esta virtud, tan compañera de la justicia, motiva en la variedad de conceptos el trastorno de los Juicios, verificandose se llame equitativo à un Juicio injusto; del mismo modo la verdad, que no es mas afortunada en los disfraces, que otra virtud, sufre que el embuste, rebozado con el velo de verdad, salga al Juicio, y del Juicio, como verdad reputado, quando, ò no hay perspicacia para discernirlo, ò está embotado de alguna pasión, ò no se toma el tiempo necesario para conocerla, sino que se procede precipitadamente.

La verdad no es un thesoro, que al instante se manifiesta al que le busca: fuele la malicia paliarla mucho, empañando sus resplandores: pide mucha arte, y cuidado el descubrirla.

Distinguenfe
dos classes de
Leyes.

Las disposiciones de las Leyes pueden generalmente referirse à dos fines: ò al descubrimiento de la verdad en los hechos, ò à decidir, despues de descubierta, los casos. En la primer classe de Leyes entran las que ordenan, y disponen los Juicios, y llaman *Ordinatoria Judicii*, que dan la forma que se debe observar en los Processos, como la forma del libelo, citacion, contestacion, prueba, y su publicacion, conclusion, sentencia, y sobre otras incidencias, que entre esto vienen, y que seria largo referir.

En esta misma classe entran las que difinen los Documentos, que deban hacer fé al Juez en la invencion de la verdad, como con-

confesion , y juramento , fama , atestaciones de testigos , y sus varias qualidades, instrumentos diversos , y de diversa naturaleza.

En la segunda classe entran las leyes , que segun verdad, y conveniencia al orden público, señalan lo que es de cada uno , apartandolo de lo ageno , imponiendo penas à los perturbadores de la pública harmonia.

Es, pues, el fin de las Leyes en todo hallar la verdad; este fuè el trabajo, y á este fin se reduxeron las vigilias de todos los sabios Legisladores del mundo , tomando los mas modernos las prudentes lecciones de los antiguos , y aprovechandose los presentes de las prudentes maximas de los antepassados ; de modo, que puede decirse , que nuestro cuerpo de legislacion , si bien que se halle confuso por falta de conveniente metodo , es una recopilacion escogida, y apropiada à la naturaleza, genio , y gobierno del País , de todo lo mejor que dictò la prudencia de los Sabios en punto de legal gobierno. Esto mismo el Sabio Rey Don Alonso, en recomendacion de la célebre Obra de las Siete Partidas , expresó en su Prefaccion , diciendo:
„ E otrosì tomamos de las palabras , è de
„ los buenos dichos , que dixeron los Sabios,
„ que entendieron las cosas razonablemente
„ segun natura , è de los Derechos de las Le-
„ yes , è de los buenos fechos , que ficeron
„ los grandes Señores , è los otros hombres
„ sabidores de Derecho en las tierras que hu-

Fin de las Le-
yes el hallaz-
go de la ver-
dad.

„vieron de juzgar , è pulimos cada cosa de
„estas do conviene.

Ciertamente , pocos havrá de mediana reflexion , à quienes en su juventud no haya parecido algunos procedimientos , y solemnidades prescriptas en algunas Leyes mere ceremoniaticos ; à lo menos , si quiere confessar la verdad , no advirtiò aun en muchos años todo el peso de la disposicion de algunas Leyes , en orden al conocimiento de la verdad ; y despues le mostrò la experiencia de las falacias , y engaños , que se traman entre los hombres , que el procedimiento de la Ley , en que antes no havia bien advertido , es el efecto de una experimentada , y consumada prudencia.

La verdad seguramente se encuentra en la práctica de las Leyes.

Cómo , pues , no debemos corrernos , y avergonzarnos de dexar la prudencia de nuestros mayores en tanta antigüedad de siglos , y por hombres tan sabios hallada , practicada , y reflexionada , y proponerse cada uno segun su capricho la invencion de la verdad ? No quiero decir que los antiguos nos hayan dexado las cosas tan perfectas , que no haya que añadir , ni quitar ; pero en materia de legislacion , ninguno , sino la potestad legislativa , tiene arbitrio en la invencion de nuevas reglas.

— Equivocaciones en el conocimiento de apices , de Derecho , y vanas sutilezas.

No hay duda , que el Derecho , y los DD. previenen , y la prudencia misma dicta , el desprecio de apices , y vanas sutilezas de Derecho , conocida la verdad. Esta doctrina es excelente , pero no vulgarmente bien entendi-

da, ni por consiguiente bien practicada ; pues por lo comun no se hace reflexion , ni sobre lo que sea verdad , ni sobre lo que sea mera futilidad , y apice de Derecho. Las equivocaciones en esto es el mas difícil tropiezo que hay en el conocimiento de la verdad legal. Digamos , pues , en quanto alcanzamos , lo que es apice de Derecho , y vana futilidad , pues que franqueado este passo , y supuesta la rectitud de intencion , seguramente llegaremos al templo de la verdad.

Apices llamamos à las virgulillas , puntos , ò tildes con que significamos los acentos en los escritos ; y como estas son en su tamaño unas cosas minimas , assi solemos nombrar apice para significar una cosa minima , como solian los Hebrèos significar lo mismo con la jota , por ser la mas pequeña letra de su abecedario (1). El decir , pues , la Ley , que debemos juzgar atenta la verdad , despreciando apices de Derecho , es lo proprio que decir , que cosas minimas , y de ningun momento , que no influyen en la verdad de los hechos , ni en la verdadera decision de las Leyes , no deben detener al Juez en pronunciar segun la justicia , y verdad , que como tal verdad se manifiesta.

Apices de Derecho.

En el mismo sentido hemos de entender la futilidad que reprueba el Derecho. No condenan las Leyes aquellas futilidades , que solo se

Distinción entre conveniente , y vana futilidad.

llá-

(1) Jota unum , aut unus | nec omnia fiant. Math. 5. v. apex , non preteribit à lege do- | 18.

llaman tales, por oponerse à discursos grosse-
ros; ni aquellas, que avivando los fundamen-
tos de la Ley, elucidan su razon, para cono-
cer su aplicabilidad, ò no aplicabilidad à los
casos. Sin este genero de sutileza no es pos-
sible distinguir en las Leyes el espiritu que
las anima, de la letra muerta que las com-
pone, ni por consiguiente su virtud, y potes-
tad. Aunque la denominacion de Letrados,
que el vulgo atribuye entre todos los profes-
sores de Ciencias, y Artes, principalmente à
los Jurisperitos, ò Profesores de Derecho,
quieran algunos derivar de la obligacion que
estos tienen de servir à la letra de la Ley: y
deba sin duda ser reverenciada, y atendida la
letra legal por sus Profesores, sujecion que
otras Ciencias no conocen (1), no ha de ser
esta adhesion tan tenáz, que se parezca à un
obstinado judaismo (2).

Convienien-
te sutileza es
muy prove-
chosa en las
Leyes.

Tam-

(1) Bobadilla. *Politic. lib. 2. cap. 10. n. 8.*

(2) Ut optim. Card. de Luca de Dote, *disc. 196. n. 13.* Etenim, inquit, non est contemnere, seu violare legem, sed potius magis se reddere conformem voluntati Legislatoris intelligendo, & practicando legem, ut decet in spiritu vivificante more Christianorum, juxta monitum Apostoli, non autem in littera, qua occidit, juxta morem Judaeorum, dum iste mos intelligendi, & practican-

di leges in littera, imo, (quod magis) attendendi in eadem littera etiam indigestas, parumque fundatas traditiones aliquorum scriptorum, & praesertim collectorum, qui dum viverent, nullius erant peritia, & aptitudinis, in judicando vel consulendo, juxta frequentioremodi, collectorum conditionem, reddidit, in literaria Republica Juristas contemptibiles, tanquam per speciem Judaeorum inter Christianos; & merito quidem, quoniam cum lex praesup-

po-

Tampoco se condenan los discursos sublimes, que remontandose sobre las comunes inteligencias, se elevan en la especulacion, y contemplacion de los principios, de donde provenga mas depurada la verdad. Este genero de futilidad es la que adquiriò à los Jurisconsultos grandes aplausos, como son los que la antigüedad tributa, entre otros à Papiniano. Y cómo sin estos elevados buelos sería la Jurisprudencia *una ciencia de cosas divinas, y humanas, un conocimiento de lo justo, y de lo injusto?*

Discursos sublimes.

Es sin duda de las mayores desgracias, que puede sufrir la facultad legal, no poder elevarse en la contemplacion de la justicia, sin caer en la nota con sus degeneres, Profesores de apices de Derecho, y futilidad vana: nada mas se les tributa estos odiosos nombres, que por sublimarse sobre las vulgares, y groseras inteligencias. Qualquier discurso un tanto elevado, que se haga sobre una Ley, huyendo la capacidad de un Juez, ò Asessor de la infima suerte, por no confessar su ignorancia, rompe por el facil, y honrado arbitrio de echarlo à vana futilidad, con que tambien cree quedar libertado de la pena, y mortificacion de indagar en sus libros la verdad,

<p><i>ponenda sit quadam rationabilissima norma, quæ ab experimento, & prudenti virorum judicio desumpta est, adeo ut ratio reputetur ejus anima, si-</i></p>	<p><i>ne qua corpus remanet putridum, & contemptibile cadaver, ita ad irrationabilitatum congeriem redacta videtur.</i></p>
---	---

dad, ò falacia de aquel discurso.

Quando esta respuesta viene de un Juez grave, sabio, discreto, y experimentado, principalmente dada à un Abogado joven, debe mucho entibiar el ardor de su discurso, por mas indissoluble que le parezca; pues debe considerar (aunque yá no sea en la facultad moderno), que el afecto indispensable à la causa que patrocina, puede perturbarle el conocimiento de la verdadera aplicacion de los principios en que se funda, y legitimidad de sus consecuencias; lo que solo se halla en estado de percibir un animo recto, y sin inclinacion à parte alguna. Pero quando semejantes respuestas vienen de Jueces ignorantes, ò conocidamente inclinados à favorecer à alguna parte, son inaguantables, y poco falta para maldecir la fuerte de su judicatura.

Sutileza nimia es la que reprueba el Derecho.

La sutileza que reprueba el Derecho, y condenan las Leyes, es la nimia, ò demasiada; jamás lo demasiado es perfecto, y siempre lo nimio declina en vicio: aun al justo, dice el sabio, no lo sea demasiado; y sumo derecho suele ser suma injusticia (1). Delicadezas, y discursos demasiadamente finos sobre las Leyes, no menos suelen perturbar la verdad, que pervertir la intencion del Legislador: como el mucho espavilar una vela, queriendo aumentar su resplandor, suele apagarla; y de limpiarse demasiado las narices, suele provenir

(1) *Noli esse justus multum; | ne obstupescas. Ecclesiastes 6. nec plus sapias quam necesse est, | 7. v. 17.*

nir fluxion de sangre (1). A esta futilidad de-
masiada en materia de conciencia, llaman los
Theologos Morales escrupulo, que inquieta,
sin dirigir las conciencias, infatuando à los que
llegan à ser poseidos demasiadamente de ellos.
La perfeccion de las virtudes no está en lo
demasiado, sino en lo suficiente (2).

Tambien se suelen llamar, aunque impro-
priamente, apices de Derecho, y futilidades,
à ciertos discursos artificiosos, texidos de de-
licadezas intelectuales, que sobre las Leyes
erigen algunos finos entendimientos. Aun-
que à una perspicáz inspeccion nada tengan
femejantes discursos de sólido, y fundamen-
tal, no suele ser pequeño estorvo este abuso
dialéctico al conocimiento de la verdad (3).
Son femejantes texidos como los de la araña,
que aunque mirados sin reflexion parezcan
alguna cosa, à leve movimiento de una ma-
no, se rompen, ò à un ligero impulso de vien-
to desvanecen.

En las telas de araña caen moscas, y otros
animales débiles; pero no los fuertes, y ro-
bustos, à cuyo passo luego se deshacen. Así
como los animales débiles, enredados en la

Otro genero
de apices, y
futilidades.

te-

(1) *Qui autem fortiter prae-
uberat, ad eliciendum lac, ex-
primit butyrum: & qui vehe-
menter emungit elicit sangui-
nem.* Proverb. cap. 30. 33.

(2) *Non plus sapere, quam
oportet sapere: sed sapere ad
sobrietaem, ut Apostolus mo-*

*net ad Rom. cap. 12. vers.
13.*

(3) *Ea est cavillationum na-
tura ut ab evidentibus veris,
per brevissimas mutationes, ad
ea, quae falsa sunt perducatur.* Leg. Ea est 49. ff. de Re-
gul. juris.

tela de araña, son pasto de estos hediondos, y feos insectos; así tambien los Jueces ignorantes, fáciles, è imprudentes, cayendo enredados en los hilos de esta vana sutileza, se hacen pasto, yá de la rifa, yá del escandalo. No así los Jueces doctos, prudentes, y expertos, quienes, como los animales fuertes, y robustos, rompen por semejantes frioleras.

Pero porque algunos Jueces caygan enredados en los hilos de vanas sutilezas, se deberá por regla desatender todo discurso elevado sobre las Leyes, como sutileza vana? Esto sería hacer un baxo concepto de la facultad legal, incapacitandola en la especulacion de las cosas para la mas acertada indagacion de lo que pertenece à su objeto.

No es, pues, posible el conocer, què sea apice de Derecho, y què sea vana sutileza, sino à hombres doctos, y expertos, acompañados de rectitud, y prudencia, pues solo à estos, como poseedores de la ciencia legal, se hallan en estado de conocer las bueltas capciosas de las palabras, y la solucion de los argumentos (1). Estos son los que rompiendo por medio de sutilezas vanas, como nubes que prometen agua estando vacías, pueden hallar la verdad; pero los que están desnudos de estas qualidades, se ven en un perpetuo peligro de conceptuarse vanamente ha-

ver-

(1) *Sapiens scit versutias seniorum, & dissolutiones argumentorum.* Sapiientiæ cap. 39.

verla encontrado , y baxo este falso concepto delectar lo sólido por sutileza frivola , y abrazar ésta por fundamento sólido.

Es en este asunto de hallazgo de la verdad , y desprecio de apices , y sutilezas de Derecho muy célebre nuestra Ley Real recopilada , de que yá queda hecho memoria (1). Dispone esta Ley , que una vez que el Juez encuentre manifiesta la verdad en los Autos , despues que las Partes deduxeron , y alegaron todo lo que tuvieron por conveniente , segun ella deben sentenciar , sin embargo que en el processo se hayan omitido las solemnidades de Derecho , aun de aquellas que se llaman substanciales.

Ley Real que manda sentenciar atenta la verdad.

De esta Ley dixerón algunos DD. que aunque hecha con el fin de abreviar pleytos , y atajar molestias , y gastos à los Litigantes , era ocasionalmente un seminario de incertidumbres , è injusticias , tomando de ella ocasion los Jueces para ensanchar sus arbitrios , y equidades (2) ; pero no está el defecto en la Ley , sino en su perversa inteligencia , no haciendose cargo muchos Jueces de lo que es verdad hallada en los Autos , despues que las Partes deduxeron , y alegaron , ò por usar de la expresion del Legislador , *razonaron todo lo que quisieron decir , y razonar.*

Esta Ley Seminario de pleytos , segun algunos DD.

Yo

(1) Leg. 10. tit. 17. lib. 4. 10. tit. 17. lib. 4. Recopilac. num. 1.

(2) Acevedo in dict. leg.

Yo estoy persuadido que la Ley se explica con terminos bien luminosos , para dár à entender el fin que se propuso de cortar instancias inútiles , con grave mortificacion , y dispendio de las Partes , y suficientemente instructivos para precaver ocasion de error en los Jueces de trastornar la voluntad del Legislador , haciendo instancias mas crecidas , y costosas con el mismo medio con que aquel pensò atajarlas. Y si es que aun estos perversos efectos se experimentan , el mal no está en el remedio , sino en su aplicacion. Tuvo esta Ley , como otras , la desgracia de sufrir el yugo , y servidumbre de varias interpretaciones , en que , como diremos en el siguiente libro , mas suelen confundirse con la variedad , que declararse. A lo menos se repiten ocasiones en los Jueces menos entendidos , y laboriosos de pervertir su sentido , y práctica aplicacion. Brevemente , y con terminos bien simples , se puede explicar la intencion de la Ley , y dexarse entender los grandes efectos en el bien público de su congrua aplicacion , y las inquietudes de su aplicacion errada.

Breve explicacion de dicha Ley.

Es fuerza advertir , que esta Ley pone por precisa la solemnidad establecida en Derecho en los procedimientos judiciales , una vez que la parte pida su observacion ; de modo , que procediendose de otra fuerte , es todo lo actuado nulo , sin que aqui obre en cosa alguna el que la verdad se halle descubierta en los Autos : porque siendo el orden establecido en Derecho un methodo necessario para in-

ndagarla, no puede el Juez gloriarse haverla encontrado, habiendo faltado al método legal que la Parte pidió seriamente se observase (1).

Solo, pues, obra la decision de dicha Ley, que faculta à los Jueces el decidir segun la verdad conocida, aun omitidas las solemnidades substanciales del Juicio, quando las Partes, despues de haver alegado, y probado, ò podido alegar, y probar todo lo que quisieron, puesto el Proceso en estado de sentencia, se halla la omision de aquellas solemnidades, y de otro modo la verdad manifiesta (2).

Debió prudentemente presumir la Ley, que la Parte, que en una, ò mas instancias, advertido de lo que se le pide, y alegado, y

V

re-

Quando esta Ley proceda.

(1) *Ut in dist. leg. 10. in fin. ibi: Et ansimismo, que si las cosas que fueren de substancia del Juicio, y la Parte pidiere, declarandolas que la otra Parte las guarde, y no quisiere, seyendole mandado; y lo mismo en no jurar de calumnia, seyendo le mandado; y pedido dos veces; que entonces, sentenciando el Juez, sin se facer lo susodicho, sea habido el pleyto por ninguno, y el Juez. condenado en costas.*

(2) *Constat ex legis Proœmio, ibi: Acaece muchas veces, que desde los pleytos son contesta-*

dos, y trabidos testigos, y razonado en los pleytos de todo lo que las Partes quieren decir, y razonar; y concluso el pleyto para dar sentencia, y à las veces dada, estando el pleyto en apelacion ante los Superiores, si se halla que la demanda no fue dada en escrito ... O otras cosas, que son de la solemnidad, y substancia de la orden de los Juicios ... por lo qual suelen los Jueces dar los pleytos por ningunos ... Y assi los pleytos se alargan, de que viene gran dano à las Partes ...

replicado sobre ello, no hallò de menòs defecto alguno en el Proceso, que le fuesse perjudicial, y solo se acordò de oponerlo en tiempo en que yá el pleyto se hallaba en estado de sentencia; no trata de buena fé en hacer ver su justicia, sino que demuestra su iniquidad en pretender cansar à la otra Parte, haciendole renacer sus fatigas con muchos gastos, y expensas, teniendo que dár principio à un pleyto al tiempo que lo creia fenecido: por lo que manda al Juez, que sin embargo de dicha omision, si por el Proceso se hallasse probada, y acreditada la verdad, que segun ella pronuncie.

Justicia con
que dicha Ley
procede,

Este es un procedimiento tan justo en el sentido de la Ley, que la práctica contraria seria un seminario de irracionalidades, è injusticias. Què Proceso havrá, aun despues de muchos años litigado, y experimentado algunas instancias, en el que no se pueda advertir algun defecto? Y si este defecto en nada influye en el conocimiento de la verdad del hecho, y su justa determinacion, à què proposito, sino para eternizar pleytos, declarar el Proceso por nulo, para que haya de principiarse de nuevo?

Supongamos se propasò un libelo obscuro, pero en el progreso de la causa declarado: un Pedimento no concluyente, pero que los Autos certifican lo que en justicia se debe: que haya una citacion no concebida con la mas exacta formalidad: un termino no del todo bien observado; pero que atenta la

na-

natural verdad , se conozca , que la Parte propuso en juicio , ò pudo proponer quanto hallò conveniente , sin haverse omitido cosa alguna , que vulnerasse su defensa : el admitir su meditada , y por tantos plazos omitida reclamacion contra el Proceso , seria un abrigo de calumnias , è injusticias (1). Estas irracionalidades , que muchas veces se experimentaban , fuè el fin de nuestra Ley Real deterrar ; pero no que de aqui tomassen motivo los Jueces para fingir verdades à su placer , y dexando la justa determinacion de las Leyes , sentenciar à su arbitrio.

Aun la verdad , segun la que en el sentido de la Ley pueden fallar , ò sentenciar los Jueces , sin embargo de las omisiones solemnidades , ha de ser una verdad , no como quiera , sino manifestada en los mismos Autos : de estos , no de otro extraño informe , debe recibir el Juez la instruccion de la verdad. En que se ve nuevamente la prudencia de la Ley , porque habiendo tenido presente las Partes todos los informes del proceso , y en su vista alegado todo lo que hallaron conveniente , no pueden quejarse de la libertad en oponer , y deducir quanto quisieron ; pero contra las particulares instrucciones , è informes del Juez , en fuerza de los que se presume èste haver encontrado la verdad , nada pudieron oponer , porque enteramente los ignoraban ; y acaso si de ellos tuvieran noticia , harian

Verdad , segun la que debe sentenciar el Juez , ha de estar manifestada en los Autos , ò Procesos.

(1) Card. de Luc. *Conflict. leg. observ.* 295.

manifiesta al Juez su debilidad, ò ninguna fé (1).

Informes ex-
trajudiciales.

Esta nueva reflexion sobre la Ley me induce á hacer memoria de otra casta de verdad encontrada, no yá en la evasión de apices de Derecho, y mera, ò vana sutileza, sino en informes extrajudiciales: conducta abominable en los Jueces, en que se trastorna la autoridad de los juicios públicos, y que facilmente se concibe detestò nuestra Ley Real en su tan circunspecta determinacion.

Verdad conocida contra lo que resulta del proceſſo.

Es verdad pende indecisa la question entre los mas insignes DD. yá Theologos, yá Juristas, sobre si el Juez haya de sentenciar segun lo alegado, y probado, con tanta precision, que aunque tenga evidencia de lo contrario; esto es, de ser otro el hecho del que está acreditado en los Autos, deba à estos arreglar su sentencia, contra lo mismo que sabe, y le consta. Esta question supone una evidencia en el Juez tan perfecta, que no sea susceptible de engaño, ò de equivocacion, de lo que aqui no tratamos.

Y aunque en la resolucion de esta duda se halle mucha variedad en los DD. afirmando unos absolutamente, negando otros, otros distinguiendo entre Causas Civiles, y Criminales, subdistinguiendo aun otros entre Criminales

ma-

(1) *Nota verba legis*, ibi: *ren de librar, los determinen, Siendo hallada, y probada la y juzguen segun la verdad que verdad del fecho por el Proceſſo hallaren probada en los tales pleytos.*
so . . . que los Jueces, que conocieren de los pleytos, y los ovie-

mayores, y menores, haciendo distincion otros de Jueces inferiores, y superiores, que representan al Principe(1); pueden, no obstante, sacar entre tanta variedad los Jueces ligeros exemplo para corregir su ligereza: pues si aun en Causas Criminales, mayores, ò capitales, puede el Juez, segun la mas comun opinion, una vez que no sea dable arbitrio honesto para libertar á un inocente, condenarle, si por los Autos consta de ser culpado, por mas que al Juez sea constante su inocencia, y esto solo por la autoridad, que se debe conservar à los públicos juicios, y precaver su trastorno, en perjuicio de la sociedad(2); cuánto menos le sería lícito à un Juez preferir en casos no así circunstanciados, no yá su certeza, sino informes particulares, frequentemente inciertos à la fé de los públicos juicios?

Aun mas pueden sacar de dicha variedad de opiniones; pues si aun en sentir de AA. gravísimos, y mas comunmente recibida opinion, no es lícito à los Jueces supremos, que representan al Principe, fallar segun su conciencia, ò propria certeza, sino que por precision se hayan de arreglar à lo alegado, y probado(3); cuánto menos será lícito à otros

V 3

Jue-

(1) Vide Velascum de Ju-	DD. invenies.
dic. perfect. rub. 14. annot. 3.	(2) Ut optimè Faria loco cit.
per tot. Variam ad D. Covarr.	num. 15.
lib. 1. Variar. cap. 1. à num.	(3) D. Lara de Annivers. &
10. apud quos omnes alios	Capell. lib. 1. cap. 10. à n. 37.
	D.

Jueces dexar la instruccion pública, que manifiestan los Autos, y seguir la particular?

Inconvenientes de extrajudiciales informes.

Esto debieran tener presente algunos Jueces, para no dexarse tan facilmente conven- cer por instrucciones extrajudiciales, yá confiados de la autoridad de quien informa, que tal vez solo lo hace de meras, y regularmente falaces oídas, que pondera como ciertas à impulso de recomendaciones de varia conexi- on, ò acaso movido por algun interès disfrazado; yá llevados los Jueces de su propia pasi- on, estando propicios à alguna parte, ácia donde qualquier leve viento les inclina, tras- tornando de este modo la pública autoridad de los juicios, y convirtiendolos en informes particulares; lo que aun caso que por este medio se asegurasse alguna vez la verdad del fallo, de ningun modo es licito, debiendo prevalecer la autoridad pública, que es el mas firme fundamento del sosiego del Estado, al particular acierto en algun caso.

Resultado de este Discurso.

Asi la equidad, y la verdad, que son la piedra de toque de la recta justicia, vienen à ser la piedra del escandalo en los juicios, y el origen de las mas estrañas incertidumbres, obrando principalmente en suposicion de estos fundamentos el arbitrio, tan injusto como la equidad que se subplanta, y la verdad que se figura. Por mas que un Juez, ò Ases- sor delire, ò proceda injustamente, si le pre- gun-

guntáres la razon , y motivo de su sentencia, y si se dignáre de responderte , te dará por fundamento una equidad à su modo , ò una verdad , que encontrò allá en su cerebro , ò un arbitrio hijo de su fantasía. De este modo no cabe en humana prudencia hacer concepto de buen , ò mal éxito en los pleytos ; ni por consiguiénte los litigantes pueden encontrar el desengaño , que ansiosa , y costosamente buscan en los Estudios de los Abogados , cuya pericia debiera principalmente en esto manifestarse (1).

En lo dicho hasta aqui por todos los Discursos de estos dos Libros , fuè mi principal intencion hablar de la incertidumbre del Derecho , y sus partes en general ; y siendo la mayor parte de esta incertidumbre motivada de las interpretaciones , tambien fuè preciso notar la variedad de sentimientos de los Interpretes. Pero la materia de interpretacion pide un Tratado separado.

Conclusion de
este Libro.

(1) Bobadill. *Polit. lib. 2. cap. 10. n. 19.*

FIN DEL PRIMER TOMO.

RESUMEN

DE LAS PRINCIPALES MATERIAS que se tocan en este Tomo.

LIBRO PRIMERO.

Compendio Historico del Derecho, pag. 1.

DISCURSO PRIMERO.

Del origen, y nocion del Derecho, *ibid.*

Nocion generica de la justicia, *ibid.*

Derecho, ò Ley natural, *ibid.*

Origen de las Sociedades, pag. 2.

Orden de superiores, è inferiores, pag. 3.

Origen de dominio, y propiedad, pag. 4.

Derecho de Gentes, *ibid.*

Derecho Penal, *ibid.*

Derecho de Guerra, y Paz, *ibid.*

Diferencia de gobiernos, pag. 6.

Origen de diversidad de

Leyes entre Naciones diversas, pag. 7.

Nocion Escolastica de la justicia, pag. 8.

Division del Derecho, p. 10.

Derecho Natural, y Positivo, pag. 11.

Sencillez de las primeras Leyes, y su perfeccion, *ibidem.*

Varios Legisladores, p. 13.

DISCURSO II.

Del Derecho Romano, pagin. 14.

Codigo de Papirio, *ibid.*

Leyes de las XII. Tablas, pag. 15.

Progresos del Derecho Romano, y varios nombres de sus Leyes, pag. 16.

Pensamiento de M. T. Ciceron, pag. 17.

Pensamiento de Julio Cesar, *ibid.*

Octaviano Augusto Cesar,

far , pagin. 18.
 Cayo Cefar , pag. 19.
 Edicto perpetuo del Empe-
 rador Adriano , pag. 20.
 Edicto Provincial , *ibid.*
 Providencia del Emperador
 Theodosio contra el des-
 orden de la Jurisprudencia , y respuestas de los
 Jurisconsultos , *ibid.*
 Codigo Gregoriano, y Her-
 mogeniano , pag. 21.
 Codigo Theodosiano, *ibid.*
 Conducta del Emperador
 Justiniano , pag. 22.
 Merito de Triboniano , fa-
 moso Jurisconsulto , em-
 pleado con otros en las
 Colecciones de Justinia-
 no , *ibid.*
 Colecciones , y Obras de
 Justiniano , pag. 23.
 Instituciones , pag. 24.
 Digesto , ò Pandectas , *ibid.*
 Codigo *repetitæ prælectionis* ,
 pag. 27.
 Prohibicion de Justiniano
 de interpretar el Dere-
 cho , *ibid.*
 Hallazgo de las Pandectas
 olvidadas con el tiempo ,
ibid.
 Como se recibieron las Le-

yes Romanas como un
 Derecho Comun , pag.
 29.
 Dificultades en la intelligen-
 cia del Derecho Roma-
 no , pag. 31.
 Interpretaciones del Dere-
 cho Romano, ò Comun,
 igualmente comunes, pa-
 gin. 33.
 Derecho Feudal , *ibid.*
 Constituciones de los Em-
 peradores de Oriente, pa-
 gin. 34.
 Basilicon , pag. 35.
 Utilidad de la lengua Grie-
 ga para la ilustracion del
 Derecho Romano , *ibid.*

DISCURSO III.

Compendio Historico del
 Derecho Canonico , pa-
 gin. 36.
 Canones , *ibid.*
 Decretales , *ibid.*
 Canones de los Apostoles ,
 pag. 37.
 Primera Colecion de Cano-
 nes , *ibid.*
 Mercator , *ibid.*
 Otras Colecciones , pag. 38.
 Buchardo , *ibid.*

San Ivo , *ibid.*
 Pannomia , *ibid.*
 Decreto de Graciano , *ibid.*
 Maestro de las Sentencias,
 pag. 40.
 Pedro Comextor , *ibid.*
 Decretales de Gregorio IX.
 pag. 41.
 Sexto de Decretales , *pagi-*
na 42.
 Clementinas , *ibid.*
 Extravagantes de Juan
 XXII. y Comunes , *pag.*
 43.
 Concilio de Trento , *ibid.*
 Septimo de Decretales , *pa-*
gin. 44.
 Instituta Canonica , *pag.* 45.
 Coleccion de Canones no-
 vísima , pero no publi-
 cada , *ibid.*
 Otras varias Colecciones
 Canonicas , *pag.* 46.
 Constituciones nuevas , ò
 Bulas de los SS. PP. *ibid.*
 Declaraciones de la Sagrada
 Congregacion , *pag.* 47.
 Incertidumbre de las decla-
 raciones de la Sagrada
 Congregacion , *pag.* 49.
 Reglas de la Cancelaria
 Apostolica , *pag.* 51.

DISCURSO IV.

Compendio Historico del
 Derecho Español , *ibi-*
dem.
 Poblacion de España , *pag.*
 52.
 Sencillez , y reposo de los
 antiguos Españoles , *pag.*
 53.
 Turbacion de la España por
 sus mucha riquezas , *pa-*
gin. 54.
 Colonias de Phenicios en
 España , *ibid.*
 España , Provincia Roma-
 na , *pag.* 55.
 Destruccion del Imperio
 Romano , *ibid.*
 Naciones Barbaras en Espa-
 ña , *ibid.*
 Dominacion de los Godos,
pag. 56.
 Leyes de España en estas re-
 voluciones , *pag.* 57.
 Euricio , primer Legislador
 entre los Reyes Godos,
pag. 58.
 Leovigildo , *ibid.*
 Secta Arriana en España , y
 su fin , *pag.* 59.
 Recaredo , *ibid.*
 Sisebuto , *pag.* 60.

- Fuero Juzgo , pag. 61.
 Concilio IV. Toletano el Grande, ò Universal, ibidem.
 Varias Colecciones de Leyes Gothicas , pag. 62.
 Entrada de los Moros en España , ibid.
 Reynado de Don Pelayo, pag. 63.
 Successores de Don Pelayo, y expulsion de los Moros de España , ibid.
 Renovacion de Leyes por Don Bermudo II. pag. 64.
 Nuevo Catastrophe en España , pag. 65.
 Instauracion de las Leyes por Don Alonso el V. ibid.
 Don Fernando el Santo, pagin. 66.
 Legislacion de Don Alonso el Sabio , ibid.
 Fuero Real , ibid.
 Leyes del estilo , pag. 67.
 Leyes de las Siete Partidas, pag. 68.
 Ordenamiento Real , pag. 69.
 Leyes nuevas , y proyectos de una nueva Coleccion, p. 70.
 Leyes de la Hermandad, pagin. 72.
 Nuevo Ordenamiento Real, pag. 73.
 Derecho Romano , y Canonico en España , ibid.
 Historia de la interpretacion legal , pag. 75.
 Guarnerio , ò Irnerio , ibidem.
 Basiano , ibid.
 Bartholo , ibid.
 Baldo , ibid.
 Juan Andrès , ibid.
 Abad Panormitano , ibid.
 Providencia del Rey Don Juan el I. contra la numerosidad de Interpretes, pag. 77.
 Nueva providencia del Rey Don Juan el II. ibid.
 Providencia novissima de los Reyes Catholicos Don Fernando , y Doña Isabèl , pag. 78.
 Leyes de Toro , pag. 80.
 Derogacion de la autoridad comunicada à algunos Interpretes , pag. 81.
 Nueva recopilacion de Leyes , pag. 82.
 Fueros particulares , pagin. 84.

Reyno de Portugal, y su dismembracion de España, *ibid.*

Consecuencias de la Historia Legal, pag. 85.

LIBRO II.

Consideraciones generales sobre el Derecho, su autoridad, interpretaciones, y su estudio, *pagin.* 87.

Proposito de este Libro, *ibidem.*

DISCURSO PRIMERO.

Reflexiones generales sobre el Derecho Romano, *pagin.* 88.

Derecho Romano no tiene fuerza de Ley en España en competencia de Ley del Reyno, *ibid.*

Perplexidad entre los DD. sobre la autoridad del Derecho Romano en defecto de Ley Real, *ibidem.*

Distancia entre las dos referidas opiniones, y sus consecuencias, pag. 91.

Estudio del Derecho Romano, pag. 92.

El Derecho Romano, con exclusion del Derecho Real, es el que ocupa las Escuelas contra la intencion de nuestros Príncipes, y contra toda razon, pag. 95.

Que en las Escuelas no se estudia theorica del Derecho, pag. 93.

Inconvenientes del estudio del Derecho Romano, p. 96.

Complicacion de los dos Derechos Real, y Romano, y consiguiente utilidad de éste, pag. 97.

Si sería conveniente desterrar el Derecho Romano de las Escuelas, ò Tribunales, pag. 99.

DISCURSO II.

Reflexiones generales sobre el Derecho Canonico, pag. 101.

Proposito de este Discurso, *ibid.*

Autoridad del Derecho Canonico, y su complicacion con el Civil, p. 102.

Fue-

Fuero Eclesiastico, y Secular, pag. 103.

Quándo deba prevalecer el Canon à Ley, ò al contrario, ibidem.

Incertidumbres sobre la qualidad de personas, y negocios, pag. 104.

Complicacion de personas de ambos estados en un mismo fuero, ibid.

Derecho Real, y Romano se disputan la autoridad en defecto de Canon, pagin. 105.

En caso de obscuridad de alguno de los dos Derechos Canonico, y Civil, es preferido el mas claro en ambos Fueros, pagin. 106.

Racionabilidad del fin de alguno de estos Derechos hace su preferencia en los dos Fueros, pag. 107.

Exemplo en la diversa computacion de grados de consanguinidad, ibid.

Incertidumbre de la computacion Civil en el Fuero Canonico, pag. 108.

Incertidumbre del cómputo Canonico en el Fue-

ro Civil, pag. 111.

Extension de los Canones à negocios Civiles, pag. 113.

Necesidad en los Profesores de instruirse en ambos Derechos, pag. 114.

Coartacion de las Leyes Civiles, ibid.

Práctica judicial, Civil, y Canonica complicada, y sus incertidumbres, pag. 115.

Essencion de personas, y negocios Eclesiasticos de las Leyes, y Estatutos Civiles, pag. 119.

Fuerza directiva, y coactiva en las Leyes, pagina 120.

Leyes Civiles solo obligan à los Eclesiasticos en quanto à su fuerza directiva, ibid.

Incertidumbres sobre si esta fuerza directiva obre directè, ò indirectè, pag. 121.

Efectos de la obligacion directa, pag. 123.

Efectos de la obligacion indirecta, ibid.

Incertidumbres de otro Ex-

pe-

pediente en el asunto,
pag. 124.

Esencia de los Estatutos
de los Pueblos, y su in-
certidumbre, *ibid.*

Estatutos de Policía econo-
mica, pag. 126.

Exemplo de esta incerti-
dumbre, pag. 127.

Incertidumbres de algunas
cauteladas excogitadas por
los DD. en el propuesto
exemplo, para conseguir
de los Eclesiasticos la ob-
servancia del Estatuto, sin
embarazarse con sus per-
sonas, pag. 128.

Cautela primera, pag. 129.

Cautela segunda, *ibid.*

Cautela tercera, pag. 130.

Esencia de providencias
Civiles, y su incertidum-
bre, *ibid.*

Estudio del Derecho Cano-
nico, pag. 133.

Verdadero estudio de Cano-
nes, pag. 135.

Estudio práctico Canonico,
ibid.

Utilidad del estudio Esco-
lastico, pag. 137.

DISCURSO III.

Reflexiones generales sobre
el Derecho Real, pagin.
138.

Qué partes de Derecho Real
tengan autoridad de Ley,
ibid.

Incertidumbre de autoridad
del Ordenamiento Real,
pag. 139.

Exemplo, *ibid.*

Graduacion autoritativa en-
tre las partes del Derecho
Real, pag. 141.

Nueva Recopilacion, pag.
142.

Autoridad de las Leyes del
Fuero pende de la prue-
ba de su observancia, *ibi-*
dem.

Incertidumbre de esta prue-
ba, *ibid.*

Incertidumbre de la asser-
tiva de los DD. de estar al-
guna Ley del Fuero en
observancia, pag. 144.

Incertidumbre sobre la es-
fencia de algunas Leyes
del Fuero, de la prueba
de su observancia, pag.
145.

Exemplo, *ibid.*

Incertidumbre en eximir de prueba de observancia las Leyes del Fuero, aprobadas por las del Ordenamiento Real, pag. 146.

Mayor incertidumbre en eximir de dicha prueba las Leyes del Fuero, que concuerdan con el Derecho Romano, pag. 147.

Exemplo, pag. 148.

Incertidumbre en quanto à la autoridad de las Leyes del Estilo, pag. 150.

Incertidumbres en la interpretacion de las Leyes del Fuero, y Estilo, pagin. 151.

Autoridad de las Leyes de las Siete Partidas, ibid.

Complicacion de estas Leyes con las Romanas, y Canonicas, y su consiguiente incertidumbre, ibid.

Exemplo primero, pagin. 153.

Exemplo segundo, pagin. 154.

El estudio de las Partidas supone necessariamente el estudio del Derecho Romano, pag. 156.

Estudio del Derecho Real, pagin. 157.

DISCURSO IV.

Sobre los Estatutos, ibid. Solemnidad del Estatuto, pag. 158.

Confirmacion de los Estatutos, ibid.

Sujecion à los Estatutos, pagin. 159.

Interpretacion de los Estatutos, pag. 160.

Remedio contra la incertidumbre de los Estatutos, ibid.

DISCURSO V.

Sobre la costumbre, ò Derecho no escrito, pagin. 161.

Requisitos precisos en la costumbre, pag. 162.

Incertidumbre en las Leyes no escritas, aun mas obscura que en las escritas, ibid.

Primer requisito de la costumbre, razonabilidad de la materia, pagina 163.

Cof-

- Costumbre contra la Ley, pag. 164.
- Costumbres derogatorias de la Ley, muy perjudiciales à la República, pagin. 165.
- Leyes, que derogan à la costumbre contraria à su disposicion, y su incertidumbre, ibid.
- Incertidumbres sobre la costumbre contraria, anterior à la Ley, pag. 166.
- Incertidumbres sobre la costumbre contraria, futura, ò posterior à la Ley, pag. 167.
- Consecuencias de las prenotadas incertidumbres, pagin. 168.
- Segundo requisito de la costumbre, observancia, y consentimiento del Pueblo, y sus incertidumbres, pag. 170.
- Sobre què parte del Pueblo sea necessaria, ibid.
- Sobre la frecuencia de actos, pag. 171.
- Qualidades de estos actos, ibid.
- Tiempo necesario para introducir costumbre, pagina 172.
- Sobre la uniformidad de los actos, pag. 174.
- Tercer requisito de la costumbre, consentimiento del Principe, y su necesidad en España, p. 175.
- Elusion de este requisito, ibid.
- Prueba de la costumbre, pagin. 177.
- Affertiva de los DD. deponiendo de alguna costumbre, ibid.
- A cargo de quìen estè la prueba de la costumbre, pag. 180.
- Interpretacion de la costumbre, ibid.
- Costumbres particulares, pagin. 181.
- Argumento de Estatuto à costumbre, y al contrario, pag. 182.
- Remedio contra las incertidumbres, que ocasionan las costumbres, pag. 183.
- DISCURSO VI.
- Exemplares demonstrativos de la incertidumbre, è irracionalidades, que entran

- tran en la costumbre, pag. 185.
- Exemplo primero, invocacion del Brazo Secular, pag. 186.
- Exemplo segundo, renovacion emphyteutica, pag. 191.
- Contrato emphyteutico, pagin. 193.
- Progressos del emphyteusi, pag. 194.
- Fin del emphyteusi, pagin. 195.
- Dificultades sobre la renovacion emphyteutica, pagin. 196.
- Afficciones de los pobres Emphyteutas, ibid.
- Cómo se suelen transigir estas controversias, pagin. 198.
- Pensiones que están sobre los Labradores, pagina 199.
- Decaimiento de la agricultura en la no corriente renovacion emphyteutica, pag. 201.
- La razon de renovacion no es igual en todos los emphyteusis, pag. 202.
- Exemplo tercero. Luçtuosa, ibidem.
- Luçtuosa en quanto à su general accepcion, pagina 203.
- Antigüedad de la Luçtuosa, ibid.
- Distingenfe tres especies de Luçtuosa, pag. 205.
- Què se entienda por Luçtuosa, pag. 206.
- Què personas paguen Luçtuosa, ibid.
- En què circunstancias se deba este tributo, pag. 207.
- Origen de la Luçtuosa, y su exaccion, pag. 208.
- Exaccion de la Luçtuosa no es en todos los cobradores igualmente rígida, pagin. 210.
- Quándo se suela cobrar con rigor, ibid.
- Circunstancias en que se hace mas odioso este tributo, pag. 211.
- Luçtuosa perjudicial à la agricultura, pag. 212.
- Exponense otros agravios, que el bien comun recibe con ocasion de Luçtuosa, con un caso reciente, pagin. 214.
- Frequente ocasion de sostener-

nerse este tributo , sin embargo de su odiosidad, pag. 217.

Abadía , y su etymología, ibid.

Què se comprehenda en este tributo , ibid.

Luctuosa , y Abadía no son incompatibles , pag. 218.

Abadía , y Luctuosa no son tributos igualmente odiosos , ibid.

Origen de la Abadía , ibid.

Otro origen mas verisimil, pag. 219.

Que este tributo debió cesar cessando su causa, pagin. 220.

Irregularidad en este tributo , ibid.

Indecencia contraria al afec-
to natural es configuiente à la Abadía , pag. 221.

Espolio , pag. 223.

Què personas paguen , y cobren espolio , ibid.

Què se pague por espolio, pag. 224.

Origen del espolio , ibid.

Del modo de succeder à los Clerigos en sus herencias segun los Canones , pag. 225.

La costumbre immutò aquel Derecho , pag. 227.

Succesion de la Camara Apostolica , pag. 228.

Costumbre en la succesion à Beneficiados inferiores, pag. 229.

Otro origen del espolio, ibid.

Verdadero origen del espolio , pag. 230.

Lo que comprehenda el espolio en el Obispado de Lugo , pag. 231.

Concordias de espolios, pagin. 232.

Concordia con los Parrocos, ibid.

Concordia con otros Clerigos no Parrocos , pagina 233.

Práctica en la cobranza de los espolios no concordados , pag. 235.

Controversias de espolios siempre terminan por transaccion , pag. 237.

Refierense con un caso práctico algunas corruptelas en este asunto , pagina 238.

La costumbre de este espolio no puede menos que de-

- deber reputarse por tyranica , pag. 239.
- Exemplo quarto. Distribucion de la quinta parte de los bienes del que muere sin testamento, pagin. 241.
- Disposicion legal en quanto à funerales , pag. 242.
- Disposicion legal en quanto à funerales quando hay Executores , ò Comissarios , pag. 243.
- Casos en que segun las Leyes tenga lugar la distribucion del quinto en opinion comun de los DD. pag. 245.
- Costumbre en funerales ab intestato , y distribucion del quinto, pag. 246.
- Caso de comision testamentaria , pag. 247.
- Caso de intestado absoluto, ibid.
- Extensiones de dicha costumbre , pag. 248.
- Extension primera, ibid.
- Extension segunda , pagina 249.
- Extension tercera , ibid.
- Extension quarta , ibid.
- Examen de dicha costumbre , y sus extensiones, ibid.
- Dicha costumbre , no tanto es indiferente, como contraria à la Ley , pag. 250.
- Examen sobre la indistincion de herederos , ibid.
- Sobre la exclusion de todo heredero en dicha distribucion , pag. 251.
- Respondese al argumento fundado en la desconfianza en los herederos , pag. 252.
- Sobre la entera distribucion del quinto , pag. 254.
- Sobre la independenciancia , y essencion de dicha costumbre de las Leyes Civiles , pag. 255.
- Sobre la exclusiva de la Justicia Real en la distribucion del quinto , pagina 256.
- Doctrina de Mostazo en este punto , y su examen, ibid.
- Principal fundamento de Mostazo confutado , pagin. 257.
- Respuesta à una réplica del mismo Autor , pag. 258.
- Respondese à otro fundamento

- mento de Mostazo , pagin. 260.
- Conclusion de esta disputa, en que la distribucion del quinto es de fuero mixto, pag. 261.
- Que fuera mas conveniente pertenecer á un solo Fuero , ibid.
- Perplexidades que suelen acontecer en el Fuero Eclesiastico quando en él se trata de esta distribucion , pag. 292.
- Accidentales perjuicios en dicha distribucion , ibidem.
- El temor de la distribucion del quinto suele accidentalmente obrar algunos buenos efectos, pag. 263.
- Funerales de ausentes , pag. 264.
- Reyno de Galicia fecundo en poblacion , ibid.
- Muchedumbre de ausentes en Galicia , pag. 265.
- Costumbre de funerar los ausentes , ibid.
- Disputase sobre la racionalidad de esta costumbre , pag. 266.
- Funerales suponen muerte del funerado , ibid.
- Caso práctico , pag. 267.
- Años de la vida del hombre , ibid.
- Declinacion diaria de la naturaleza humana , en qué sentido deba entenderse , pag. 268.
- Larga ausencia tiene en Derecho algunos efectos de muerte, pag. 269.
- Muerte verdadera debe probarse quando es fundamento de la intencion de quien la alega , pag. 270.
- Disputase si á los ausentes verdaderamente muertos se deban hacer funerales en la Parroquia de donde se ausentaron , pag. 271.
- Compendio Canonico en disposiciones fúnebres , ibid.
- La costumbre derogò variamente á los Canones , pero no debe degenerar en corruptelas , pag. 272.
- Resolucion de la question propuesta , ibid.
- Oficios fúnebres de tercero, septimo dia, cabo de año, &c. pag. 273.
- Que no debe constituirse

por regla general la costumbre de funerar los ausentes, aunque en algun caso pueda ser razonable, pag. 274.

Si seria conveniente erradicar las costumbres en este quarto exemplo propuestas, sin embargo que parezcan piadosas, y laudables, pag. 275.

DISCURSO VII.

Sobre las Leyes tacitas; esto es, sobre la verdad, equidad, y arbitrio en el Derecho, pag. 277.

Proposito de este Discurso, ibid.

Si es conveniente el uso de Leyes escritas, pag. 278.

Politica de Lycurgo, ibid.

Comun consentimiento de los Pueblos en tener Leyes escritas, y la razon, ibid.

Arbitrio en los Jueces, pag. 279.

Multitud de casos arbitrarios, ibid.

Jurisprudencia arbitraria, muy nociva à la Repù-

blica, pag. 280.

Verdadero arbitrio regulado por las Leyes, p. 281. Aun en esto hay perplexidades, pag. 282.

Es moda hacer todas las Leyes arbitrarias, pag. 283.

Remedio contra la incertidumbre, y daños de los arbitrarios, pag. 284.

Equidad, ibid.

Elogios de la verdadera equidad, pag. 285.

Su abuso plaga de las Leyes, ibid.

Con su velo pretende vestirse la injusticia, ibid.

Desgracia comun de todas las virtudes, ibid.

Què sea equidad, pag. 286.

Equidad escrita, y no escrita, pag. 288.

Solo de equidad escrita deben usar los Jueces, pag. 289.

Equidad cerebrina, ibid.

Precauciones, y remedios contra semejantes equidades, pag. 290.

De la verdad, pag. 291.

Verdad, objeto de la justicia, y sus symbolos, ibidem.

Ver-

- Verdad muy encomendada à los Jueces , pag. 292.
- Verdad , debe ser preferida à vanas sutilezas , y apices de Derecho , pag. 293.
- Como la verdad ocasione la inordinacion de los juicios , y el trastorno de las Leyes , *ibid.*
- Distinguenfe dos classes de Leyes , pag. 294.
- Fin de las Leyes el hallazgo de la verdad , pag. 295.
- La verdad seguramente se encuentra en la práctica de las Leyes , pag. 296.
- Equivocaciones en el conocimiento de apices de Derecho , y vanas sutilezas , *ibid.*
- Apices de Derecho , p. 297.
- Distincion entre conveniente , y vana sutileza , *ibid.*
- Conveniente sutileza es muy provechosa en las Leyes , pag. 298.
- Discursos sublimes , pag. 299.
- Sutileza nimia es la que reprobueba el Derecho , pag. 300.
- Otro genero de apices , y sutilezas , pag. 301.
- Ley Real , que manda sentenciar atenta la verdad , pag. 303.
- Esta Ley seminario de pleytos , segun algunos DD. *ibid.*
- Breve explicacion de dicha Ley , pag. 304.
- Quándo esta Ley proceda , pag. 305.
- Justicia con que dicha Ley procede , pag. 306.
- Verdad , segun la que debe sentenciar el Juez , ha de estar manifesta en los Autos,ò Proceso , pag. 307.
- Informes extrajudiciales , pagin. 308.
- Verdad conocida contra lo que resulta del Proceso , *ibid.*
- Inconvenientes de extrajudiciales informes , p. 310.
- Resultado de este Discurso , *ibid.*
- Conclusion de este Libro , pag. 311.







